

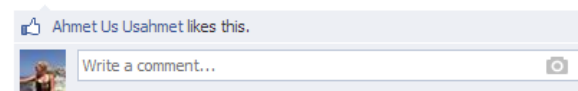
Het doen en nalaten van een host en de risico's van user generated content



Manon Haarman

Ik eet nu een week slankbrood, ook voor de vezels. Erg lekker, geen last van mijn darmen en een pond eraf.

Like · Comment · 31 October 2011 at 22:04



Margot Verbaan

Begeleider: Prof. Mr T. Cohen Jehoram

Tweede lezer: Prof. Mr J.G.J. Rinkes

Voorwoord

Deze scriptie is geschreven als afstudeeropdracht voor de Master Rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit.

De opdracht was het formuleren van een onderzoeksvraag en het opstellen van een plan, ten einde tot een scriptie te komen waarbij conclusies en aanbevelingen worden gegeven naar aanleiding van de onderzoeksresultaten.

Het onderzoek is gericht op de aansprakelijkheidsexceptie voor hosting providers waar Richtlijn 2000/31/EG in voorziet.

Door mijn werkzaamheden als Professional Support Lawyer bij De Brauw Blackstone Westbroek ben ik in aanraking gekomen met deze exceptie en ervaarde dat voor hosting providers onduidelijk is wanneer ze zich hieronder kunnen scharen. Bovendien sluit de exceptie in beginsel niet alle vormen van aansprakelijkheid uit, zoals voor reclame-uitingen, voedings-, gezondheids- en medische claims.

Het doel van de scriptie is te onderzoeken welke activiteiten een hosting provider dient te ondernemen dan wel na te laten om in aanmerking te komen voor de exceptie. Hiervoor heb ik zowel op nationaal als Europees niveau jurisprudentie en literatuur onderzocht.

De scriptie is bestemd voor mijn beoordelaars, Prof. Mr Cohen Jehoram en Prof. Mr Rinkes. Daarnaast voeg ik deze scriptie, als goed PSL, toe aan de knowhow van De Brauw Blackstone Westbroek, zodat anderen daar hun vruchten van kunnen plukken.

Ten slotte gaat mijn dank uit naar het Cluster IP voor het ter beschikking stellen van de middelen waarmee ik mijn onderzoek heb kunnen uitvoeren, en in het bijzonder naar Prof. Mr Cohen Jehoram, voor zijn bereidwilligheid mij te begeleiden bij deze scriptie.

Utrecht, maart 2014.

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	4
2	Richtlijn Elektronische handel (2000/31/EG)	5
3	Hosting	8
3.1	Veranderende rol hosting providers	8
3.2	Uitleg Richtlijn.....	10
3.3	Beoordeling van activiteiten	14
3.4	Wat een host moet doen	16
3.4.1	Eigen observatie	17
3.4.1.1	Onderzoeksplicht	17
3.4.1.2	Maatregelen ter voorkoming van toekomstige inbreuken	18
3.4.2	Notice-and-Take-Down	19
3.4.2.1	Regulering van de NTD-procedure.....	21
3.4.2.2	NTD-procedure op basis van de DMCA.....	23
3.4.3	Zorgvuldigheidsplicht	24
3.4.3.1	Maatregelen ter voorkoming van inbreuken.....	26
3.5	Wat een host moet nalaten	27
3.5.1	Actief modereren	27
3.5.2	Onrechtmatigheid faciliteren	28
4	User Generated Content.....	29
4.1	Categorieën UGC	29
4.2	Onacceptabele UGC.....	29
4.2.1	Reclame-uitingen.....	30
4.2.2	Voedings- en gezondheidsclaims.....	32
4.2.3	Medische claims	34
5	Conclusies & aanbevelingen.....	36
6	Bronnenlijst	40
6.1	Artikelen, blogs en boeken.....	40
6.2	Parlementaire geschiedenis.....	41
6.3	Rapporten.....	41
6.4	Rechtspraak	42
6.5	Websites.....	44
6.6	Wet- en regelgeving.....	45

1 Inleiding

De onderzoeksvraag van deze scriptie bestaat uit twee delen. In hoofdstuk 3 onderzoek ik wat een host op grond van de voorschriften die in de rechtspraak zijn ontwikkeld moet doen en nalaten om een beroep te kunnen doen op de aansprakelijkheidsexceptie waar art. 14 van Richtlijn 2000/31/EG in voorziet. In hoofdstuk 4 staat de vraag centraal voor welke *user generated content* ("**UGC**") een host ondanks een geslaagd beroep op de exceptie aansprakelijk kan zijn.

Ten tijde van de invoering van de Richtlijn boden hosting providers vooral enkel serverruimte aan, maar tegenwoordig spelen ze in op de trend van het online delen van informatie door indeling en organisatie van de platformen te optimaliseren. Door de opkomst van social media wordt al het digitaal denkbare online gedeeld: foto's en video's, vragen en ervaringen, etc.

De veranderende rol van hosting providers leidt echter tot kwalificatieproblemen, nu zij meer activiteiten ontplooiën dan het louter aanbieden van een platform. Ook de uitleg van het Europese Hof van Justitie werkt de kwalificatieproblemen in de hand. De oorzaak van de kwalificatieproblemen wordt onderzocht in par. 3.2 en 3.3, waarbij tevens naar een oplossing is gezocht.

De aanvullende voorschriften die voor de hosting exceptie in de rechtspraak zijn ontwikkeld komen de rechtszekerheid niet ten goede. Hosting providers weten niet meer wat ze moeten doen en nalaten voor een geslaagd beroep op de exceptie. Tijd dus om de balans op te maken en vast te stellen welke voorschriften uit de rechtspraak zijn te destilleren (par. 3.4 en 3.5). Daartoe wordt zowel de rechtspraak van het Hof van Justitie als nationale rechtspraak geanalyseerd. Indien er in het buitenland interessante ontwikkelingen zijn wordt in deze scriptie een blik over de grens geworpen.

Ondanks een succesvol beroep op de vrijstelling kan UGC risico's meebrengen voor een host. Zo kunnen reclame-uitingen en claims van derden aan hem worden toegerekend. In par. 4.1 zal eerst uiteen worden gezet wat UGC is en in welke categorieën het kan worden ingedeeld. Tot slot volgt in par. 4.2 een beschrijving van de mogelijke risico's van reclame-uitingen, voedings-, gezondheids- en medische claims. De scriptie wordt afgesloten met een conclusie en aanbevelingen (hoofdstuk 5).

2 Richtlijn Elektronische handel (2000/31/EG)¹

Om het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij tussen lidstaten te waarborgen², heeft het Europees Parlement op 8 juni 2000 de Richtlijn Elektronische handel ("**Richtlijn**") aangenomen. Grensoverschrijdende online diensten behoren vrij te zijn van onzichtbare barrières, waardoor de "*free flow of information*" wordt gestimuleerd. De Richtlijn voorziet in een horizontaal regime, wat betekent dat de bepalingen in alle relevante rechtsgebieden gelding hebben³. De Richtlijn is van toepassing op dienstverleners die een dienst van de informatiemaatschappij leveren en in de Europese Unie zijn gevestigd. Een dienst van de informatiemaatschappij is elke dienst die, doorgaans tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt⁴. De Richtlijn heeft zowel betrekking op diensten tussen ondernemingen (Business to Business; "**B2B**") als diensten tussen ondernemingen en consumenten (Business to Consumer; "**B2C**").

De Richtlijn voorziet in drie aansprakelijkheidsexcepties voor dienstverleners die als tussenpersoon optreden: mere conduit⁵, caching⁶ en hosting⁷.

Mere conduit is een dienst die voorziet in de doorgifte van informatie naar of over een communicatienetwerk. Een dergelijke dienst wordt ook wel aangemerkt als doorgeefluik. Als concreet voorbeeld kan gedacht worden aan een internet service provider ("**ISP**") die toegang tot het internet verschaft dan wel zich bezighoudt met doorgifte.

Caching is de tijdelijke opslag van een kopie van veel opgevraagde informatie op een lokale server. Deze wijze van opslag voorkomt 'verstopping' van het internet door informatie dichtbij gebruikers op te slaan. De gebruiker merkt niet of informatie uit de originele bron of uit de cache wordt gehaald.

¹ Volledige titel: Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("**Richtlijn**").

² Art. 1 lid 1 Richtlijn.

³ Voorstel Richtlijn 1998, p. 27. Commission proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM (1998) 586 final, 18 November 1998, p. 27.

⁴ Art. 2 sub a Richtlijn; art. 3:15d lid 3 BW.

⁵ Art. 12 Richtlijn.

⁶ Art. 13 Richtlijn.

⁷ Art. 14 Richtlijn.

Hosting is het op verzoek van een derde opslaan van informatie op het platform van de dienstverlener die daartoe ook toegang verschaft.

Voor dienstverleners die zich achter één van de drie aansprakelijkheidsexcepties kunnen scharen, geldt dat aan hen geen algemene monitorplicht⁸ mag worden opgelegd⁹. De immuniteiten strekken echter niet zover dat handhaving door (gerechtelijke) instanties is beperkt. Indien het nationale recht voorziet in maatregelen ter beëindiging of voorkoming van inbreuk op rechten van derden, kan een dienstverlener op basis van een rechterlijk bevel wel een specifieke monitor- of filterplicht worden opgelegd¹⁰. De Richtlijn voorziet bovendien niet in harmonisatie van het aansprakelijkheidsregime; dat wordt aan de lidstaten overgelaten.

De aansprakelijkheidsexcepties zijn ingevoerd om de rechtszekerheid op het gebied van aansprakelijkheid van tussenpersonen te vergroten. Rechtspraak op dit gebied was in Europa niet consistent en de Europese Commissie streefde naar meer duidelijkheid door invoering van strikt gedefinieerde beperkingen voor afgebakende activiteiten van tussenpersonen¹¹.

Of de rechtszekerheid met de invoering van de aansprakelijkheidsexcepties is vergroot, valt gezien de tot op heden voortdurende differentiatie in de rechtspraak – zowel op nationaal als Europees niveau – te betwijfelen. De Europese Commissie erkent dat ondanks de waarborgen die de Richtlijn aan dienstverleners biedt er, vanwege fragmentatie binnen de Europese Unie van de toepasselijke voorschriften, rechtsonzekerheid heerst over de voorwaarden waaraan dienstverleners dienen te voldoen om zich onder de exceptie te kunnen scharen¹².

De Richtlijn is middels de Aanpassingswet Richtlijn Elektronische handel¹³ in het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet economische delicten in het nationale recht geïmplementeerd. De bepalingen met

⁸ Monitoren dient expliciet te worden onderscheiden van modereren. Monitoren houdt in dat de host door gebruikers op het platform geplaatste informatie achteraf of automatisch in de gaten houdt op onmiskenbaar onrechtmatige uitingen. Modereren houdt in dat de geplaatste informatie zowel vooraf als achteraf actief door de host wordt bekeken op onrechtmatigheden.

⁹ Art. 15 Richtlijn.

¹⁰ Zie art. 12 lid 3, art. 13 lid 2 en art. 14 lid 3 Richtlijn.

¹¹ Rapport Europese Commissie 2003, p. 12.

¹² Rapport Europese Commissie 2011, p.13.

¹³ Stb. 2004, 210.

betrekking tot mere conduit, caching en hosting zijn respectievelijk in art. 6:196c leden 1, 3 en 4 BW opgenomen en traden op 19 juni 2004 in werking¹⁴.

Deze scriptie richt zich op de beperkte aansprakelijkheid van hosting providers. Uit een analyse van de rechtspraak worden de voorschriften gedistilleerd waar een dienstverlener aan dient te voldoen om zich onder de hosting exceptie te kunnen scharen.

¹⁴ Stb. 2004, 285.

3 Hosting

Een dienstverlener die op verzoek van een gebruiker informatie op zijn platform opslaat is aan te merken als een host¹⁵. De informatie die een gebruiker verstrekt kan uit alle soorten data bestaan, zoals teksten, afbeeldingen, video's, spraakfragmenten, etc. Afhankelijk van de mogelijkheden die de host biedt kunnen deze soorten informatie op zijn platform worden geplaatst. De gebruiker hoeft niet per se de maker van de informatie te zijn, nu ook informatie afkomstig van derden kan worden achtergelaten. De host is hiervoor – onder de voorwaarden van art. 14 Richtlijn – niet aansprakelijk. In hoofdstuk 4 worden de categorieën informatie die een gebruiker kan opslaan en de mogelijke gevolgen daarvan beschreven.

3.1 Veranderende rol hosting providers

In de rechtspraak en literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen passieve en actieve hosting providers¹⁶. De klassieke host is een passieve host, die zijn activiteit beperkt tot het louter aanbieden van een platform waar gebruikers op verzoek informatie op kunnen slaan. Dit is bijvoorbeeld een datacenter, dat aan gebruikers serverruimte biedt om informatie op te slaan. De meeste hedendaagse beheerders van een platform zijn echter aan te merken als een actieve host, nu zij geen terughoudende rol innemen met betrekking tot de geplaatste informatie, maar deze zelf organiseren en optimaliseren. Hierbij kan worden gedacht aan YouTube, die automatisch populaire video's selecteert en video's in relevante categorieën plaatst.

In Frankrijk trachtte men tegemoet te komen aan de veranderende rol van de host. In een rapport wordt voorgesteld om een nieuwe categorie dienstverleners te introduceren, de "*éditeurs de services*"¹⁷. Deze categorie dienstverleners bevinden zich in het midden tussen de (passieve) host en de (actieve) content provider. Voor de "*éditeurs de services*" zou een apart aansprakelijkheidsregime moeten gelden, dat strikter is dan die de Richtlijn thans biedt, maar soepeler is dan die voor content providers. Aan het voorstel is geen opvolging gegeven.

Vooraf met betrekking tot de kwalificatie van actieve hosting providers onder de aansprakelijkheidsexceptie loopt de rechtspraak – zowel op nationaal als Europees niveau

¹⁵ Art. 14 lid 1 Richtlijn.

¹⁶ Zie bijv. Tribunale Di Milano 7 juni 2011, 27079/09 (*RTI/Italia On Line*) voor de erkenning van de actieve host.

¹⁷ Rapport Sénat 2011, p. 48-51.

– sterk uiteen. Dit kan worden verklaard door het feit dat ten tijde van de invoering van de hosting exceptie vooral passieve hosting providers actief waren. De vraag rijst of art. 14 Richtlijn alleen met dit soort hosting providers in gedachten is geschreven. Een onderbouwing voor dit argument kan worden gevonden in het eerste rapport van de Europese Commissie over de implementatie van de Richtlijn dat twee jaar na de invoering verscheen¹⁸. Daarin wordt namelijk niet gerept over interpretatieproblemen van art. 14 Richtlijn noch over toegenomen rechtsonzekerheid op dit gebied. In 2007 worden echter de eerste toepassingsproblemen gesignaleerd¹⁹. Een verklaring hiervoor kan worden gevonden in de opkomst van platformen zoals Google, YouTube, eBay en Facebook. Genoemde websites bieden namelijk niet louter een platform aan waar gebruikers informatie op kunnen opslaan, maar bemoeien zich ook actief met de organisatie en optimalisatie van het platform.

Friedmann is niet verwonderd over de problematiek die is ontstaan omtrent de kwalificatie van actieve hosting providers. De Richtlijn is immers rond het millennium opgesteld toen elektronische handel en sociale netwerken nog in de kinderschoenen stonden²⁰. Lodder meent dat art. 6:196c lid 4 BW – de implementatie van art. 14 Richtlijn – ongeschikt is voor genoemde platformen, welke door hem worden aangemerkt als web 2.0-diensten²¹. Bevestiging vindt hij in het feit dat *"lui achterover leunende forumbeheerders"* zich wel op de aansprakelijkheidsexceptie kunnen beroepen²², terwijl actieve moderators *"die echt hun best deden inbreukmakende uitingen te verwijderen"* niet gevrijwaard zijn vanwege hun actieve rol. Ook Engelfriet is van mening dat art. 14 Richtlijn aan een update toe is, om de huidige beheerders van platformen voldoende bescherming te bieden²³.

Een enkeling stelt dat hosting providers al een actieve rol innamen ten tijde van het opstellen van de Richtlijn²⁴. Vanaf het ontstaan van hosting diensten zouden zij namelijk al voorzien in verschillende functionaliteiten, zoals een zoekfunctie, het selecteren van favorieten en linken naar gerelateerde informatie.

¹⁸ Rapport Europese Commissie 2003.

¹⁹ Studie Verbiest, Spindler, Riccio en Van der Perre 2007, p. 14.

²⁰ Friedmann 2014, p. 148.

²¹ Lodder 2012, ov. 7.

²² Rechtbank Amsterdam 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1571 (*Stormfront*).

²³ Engelfriet 2009, p. 77.

²⁴ Spreafico 2012.

Mijns inziens is het probleem van de kwalificatie van hosting providers niet alleen gelegen in de veranderende rol van de host, maar ook in een verkeerde uitleg van de tekst van de Richtlijn. In de volgende paragraaf leg ik uit waarom.

3.2 Uitleg Richtlijn

Naast het op verzoek opslaan van door een gebruiker verstrekte informatie, dient een host prompt te handelen die informatie te verwijderen of ontoegankelijk te maken wanneer hij kennis heeft of krijgt dat deze onrechtmatig is. De vraag komt dan op in hoeverre een host zelf actie mag ondernemen om onrechtmatige informatie van zijn platform te weren. Op grond van de rechtspraak dient de activiteit van een host een *"louter technisch, automatisch en passief karakter"* te hebben²⁵. Overweging 42 wordt op de hosting exceptie van toepassing geacht en hierin is geformuleerd dat de in de Richtlijn vastgestelde vrijstellingen uitsluitend gelden in gevallen waarin de activiteit van de dienstverlener beperkt is tot het technische proces van werking en het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk. De door gebruikers verstrekte informatie die wordt doorgegeven of tijdelijk wordt opgeslagen moet als enig doel hebben de doorgifte efficiënter te maken. De dienstverlener dient noch kennis noch controle te hebben over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen. De houding van een host dient dus neutraal te zijn ten opzichte van de opgeslagen informatie²⁶.

Betekent dit dan dat de host niet meer mag doen dan een platform bieden en onderhouden, zonder dat er regels mogen worden gesteld en gehandhaafd of dat hij kennis mag verkrijgen over de informatie? Wie de overweging strikt leest zal geneigd zijn deze vraag bevestigend te beantwoorden, maar in de rechtspraak zijn activiteiten geïdentificeerd die het karakter van de host niet veranderen van passief naar actief. Bovendien is op basis van de algemene zorgvuldigheidsverplichting die volgt uit het nationale aansprakelijkheidsrecht²⁷ enige interventie van de host vereist.

Een host kan vooraf inlichtingen verstrekken over de dienst of voorwaarden stellen aan het gebruik daarvan, zonder dat het karakter van de dienst verandert van passief naar actief²⁸. Om derden aan te geven wat wel en niet is toegestaan, kunnen bijvoorbeeld

²⁵ HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*), r.o. 114 en 120; HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 113.

²⁶ HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*), r.o. 114.

²⁷ Zoals de onrechtmatige daad ex. art. 6:162 BW.

²⁸ HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*), r.o. 116.

algemene voorwaarden worden opgesteld. Daarin dient te worden aangegeven welke informatie al dan niet acceptabel is. Niet-naleving daarvan kan dan leiden tot verwijdering of ontoegankelijk maken van de informatie. Algemene voorwaarden moeten echter niet zo ver gaan dat gebruikers onder gezag of toezicht van de host handelen, aangezien hij zich dan niet meer onder de exceptie kan scharen²⁹. Het is een host wel toegestaan gebruikers te waarschuwen en bij herhaaldelijke overtreding van de voorwaarden zelfs de toegang tot het platform te ontfagen.

Een host hoeft gebruikers niet te informeren over hun verplichtingen op basis van de Wet bescherming persoonsgegevens³⁰. Ondanks dat een host persoonsgegevens opslaat, is hij niet aan te merken als een verantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens en kan daar derhalve niet aansprakelijk voor worden gehouden³¹. Dit wordt anders indien de host kennis heeft of verkrijgt van enige onwettige activiteit van de opgeslagen persoonsgegevens.

Het staat de host vrij profijt te trekken uit het platform en voorwaarden te stellen omtrent betaling voor de dienst. Of al dan niet moet worden betaald voor de dienst mag geen doorslaggevende factor zijn bij de vaststelling of de host aanspraak kan maken op de exceptie³².

Om aanspraak te kunnen maken op de hosting exceptie, dient de host die kennis verkrijgt van een onwettige activiteit of informatie prompt te handelen door deze te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken³³. Zonder dat zijn rol van passief naar actief verandert, kan hij deze kennis niet alleen verkrijgen door een melding, maar ook door eigen observatie³⁴. Op basis van de rechtspraak wordt van een host verwacht dat hij op de hoogte is van informatie waarvan een behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid had moeten vaststellen³⁵. Er kan dus een zekere (actieve) onderzoeksplicht bestaan wanneer de host gegronde reden heeft te twijfelen aan de rechtmatigheid van de bij hem opgeslagen informatie³⁶.

²⁹ Art. 14 lid 2 Richtlijn en Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 49.

³⁰ Corte di Cassazione 17 december 2013, n. 5107/14 (*YouTube/Vivi Down*).

³¹ Conclusie A-G Jääskinen 25 juni 2013, C-131/12 (*Google Spain/AEPD*).

³² HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*), r.o. 116.

³³ Art. 14 lid 1 sub b Richtlijn.

³⁴ Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (*Stokke/Marktplaats*), r.o. 5.5.

³⁵ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 120-122.

³⁶ Kamerstukken II 2001-2002, 28197, nr. 3, p. 49.

De opvatting dat de activiteiten van een host een louter technisch, automatisch en passief karakter dienen te hebben is omstreden. Nog los van de vraag of een passief karakter wel wenselijk is voor de dienstverlening van een host, kan men zich afvragen of overweging 42 wel van toepassing is op de hosting exceptie. Die overweging spreekt immers van *"gevallen waarin de activiteit van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij beperkt is tot het technisch proces van werking en het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk waarop door derden verstrekte informatie wordt doorgegeven (mere conduit, toevoeging MV) of tijdelijk wordt opgeslagen, met als enig doel de doorgifte efficiënter te maken (caching, toevoeging MV)".* De hosting activiteit, het op verzoek van een derde opslaan van informatie, is niet in deze overweging opgenomen.

Betwifteld kan worden of de rol van een host dus wel van een louter technisch, automatisch en passief karakter dient zijn. Niet alleen ging de nationale wetgever ervan uit dat het louter technische, automatische en passieve karakter enkel betrekking had op mere conduit en caching³⁷, ook in de literatuur wordt verdedigd dat overweging 42 geen betrekking heeft op de hosting provider.

De onjuiste toepassing wordt verweten aan een redactiefout in de overweging, waarin namelijk wordt gesproken van de *"in de deze richtlijn [elektronische handel] vastgestelde vrijstellingen van aansprakelijkheid"*, terwijl uit de rest van de tekst blijkt dat het enkel van toepassing is op de andere twee aansprakelijkheidsexcepties³⁸.

Overweging 46 sluit beter aan op de dienstverlening van een host. Daarin wordt immers gesproken van *"een dienst van de informatiemaatschappij die uit de opslag van informatie bestaat"*. Voorwaarde om voor de aansprakelijkheidsexceptie in aanmerking te komen is dat de host, zodra hij daadwerkelijk kennis heeft van onwettige activiteiten of dergelijke activiteiten gewaarwordt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of ontoegankelijk te maken, waarbij het beginsel van vrijheid van meningsuiting in acht dient te worden genomen. Deze voorwaarde is ook terug te vinden in art. 14 Richtlijn en laat het al dan niet passieve karakter van een host onverlet.

Friedmann merkt op dat de plicht om een neutrale houding aan te nemen ten opzichte van opgeslagen informatie strijd oplevert met de wens van hosting providers om een succesvol platform te bieden. Populaire informatie is immers niet altijd vrij van rechten van

³⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 27 en p. 49.

³⁸ Heerma van Voss en Zwaan 2011, p. 298.

derden en het is niet in het belang van de host om deze informatie proactief te verwijderen. Bovendien riskeert een host met het proactief verwijderen van informatie een overschrijding van de vereiste neutrale houding³⁹.

Het Europese Hof van Justitie heeft tot op heden echter aangenomen dat overweging 42 wel van toepassing is op de activiteiten van hosting providers⁴⁰. Voor de beoordeling van de vraag of Google voor haar AdWord dienst als host kon worden gekwalificeerd, nam het Hof in overweging dat de activiteiten van een host neutraal dienen te zijn. De rol van Google bij het schrijven van de reclameboodschap die de advertentielink begeleidt, of bij de vaststelling of de selectie van trefwoorden kunnen voor toepassing van de aansprakelijkheidsexceptie bepalende factoren zijn⁴¹.

Ondanks de kritiek van Advocaat-Generaal Jaäskinen in zijn conclusie inzake L'Oréal/eBay⁴² oordeelde het Hof een jaar later wederom dat overweging 42 bepalend is voor het karakter van de activiteiten van een host⁴³. Nogmaals⁴⁴ overweegt het Hof expliciet dat de aansprakelijkheidsexceptie *"van toepassing [is] op de beheerder van een elektronische marktplaats wanneer deze geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de opgeslagen gegevens"*⁴⁵.

Het Hof is in dit arrest concreter en oordeelt dat de activiteit van eBay bij het optimaliseren van advertenties en het bevorderen van verkopen niet als neutraal tussen de betrokken klant-verkoper en de potentiële kopers kan worden aangemerkt⁴⁶. Ter waarborging van een neutrale houding dient een host zich dus te onthouden van inhoudelijke bemoeienis met de geplaatste informatie evenals de optimalisatie daarvan. Hiermee wordt niet bedoeld het automatisch selecteren van de informatie als "meest populair" of het automatisch classificeren ervan in de juiste categorie, maar wel eigenhandig de informatie extra onder de aandacht brengen of daarbij assistentie verlenen.

Op basis van de huidige rechtspraak dient een host zich dus te conformeren aan overweging 42. In par. 3.4 en 3.5 zal daarom uiteen worden gezet wat een host volgens

³⁹ Friedmann 2014, p. 149.

⁴⁰ HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*), r.o. 113 en 114.

⁴¹ HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*), r.o. 118.

⁴² Conclusie A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 139-142.

⁴³ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 113.

⁴⁴ HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*), r.o. 120.

⁴⁵ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 116.

⁴⁶ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 116.

deze rechtspraak moet doen dan wel moet nalaten om zijn neutrale houding te waarborgen én aan zijn (zorgvuldigheids)plichten te voldoen. Alvorens daartoe wordt overgegaan is het van belang vast te stellen of de activiteiten van een host per platform of per type activiteit dienen te worden beoordeeld.

3.3 Beoordeling van activiteiten

Nu hosting providers zich tegenwoordig ook bezighouden met de vormgeving, optimalisatie en indeling van het platform, vervaagt de taakverdeling tussen dienstverleners en gebruikers. Hosting providers hebben niet langer een louter passieve rol en toetsing aan art. 14 Richtlijn blijkt lastig wanneer onduidelijk is in hoeverre opslag van informatie onderdeel van het platform is. De vraag is of een dienstverlener voor het ene deel content provider en voor het andere deel hosting provider kan zijn. Moet het platform in zijn geheel of per activiteit worden beoordeeld?

Er dient per activiteit van de dienstverlener te worden beoordeeld of aan de voorwaarden van art. 14 Richtlijn is voldaan⁴⁷. Voor een actieve host is het van groot belang dat zijn activiteiten op het platform apart worden beoordeeld, zodat de delen die voldoen aan de voorwaarden in art. 14 Richtlijn zich onder de hosting exceptie kunnen scharen. Om zichtbaar te maken dat het aparte activiteiten betreft dienen deze te zijn afgebakend en van elkaar gescheiden te zijn. Wanneer een dienstverlener bijvoorbeeld zelf informatie op het platform plaatst in de vorm van artikelen en gebruikers de mogelijkheid biedt hierop te reageren, dienen beide onderdelen los van elkaar te staan. Een manier waarop dit duidelijk kan worden gemaakt is door commentaren enkel zichtbaar te maken wanneer door een bezoeker op een link wordt geklikt.

Advocaat-Generaal Jääskinen vindt het moeilijk voorstelbaar dat de Richtlijn drie verschillende typen activiteiten onderscheidt die enkel zouden zijn vrijgesteld wanneer zij elk geheel geïsoleerd worden uitgeoefend⁴⁸. Een onderneming die perfect aansluit bij de hosting exceptie acht hij bijna tot niet mogelijk⁴⁹. Voor de beoordeling van de activiteiten acht Jääskinen het van belang te richten op één type activiteit en vast te stellen of die activiteit onder een exceptie kan worden geschaard. Wanneer een onderneming zich toelegt op meerdere activiteiten die deels onder een of meer aansprakelijkheidsexcepties kunnen worden geschaard, dient de onderneming voor dat deel aanspraak te kunnen

⁴⁷ Spraefico 2012 en Baistocchi 2003, p. 118.

⁴⁸ Conclusie A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 148.

⁴⁹ Conclusie A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 149.

maken op de exceptie. Voor het overige deel geldt dan het nationale aansprakelijkheidsregime. Als voorbeeld noemt Jääskinen een of meer van de vrijgestelde activiteiten gecombineerd met de activiteiten van een aanbieder van content op internet⁵⁰, zoals een nieuwsplatform.

Dat hierover binnen Europa – en eigenlijk zelfs binnen een land – anders over wordt gedacht kan worden geïllustreerd met tegenstrijdige uitspraken van Estse rechters in de zaak Delfi. In die zaak kwam onder andere aan de orde of de activiteiten van Delfi, een nieuwsplatform, gescheiden dienen te worden beoordeeld voor wat betreft het gedeelte waar zij nieuwsberichten levert en het gedeelte waar bezoekers commentaar kunnen plaatsen. Ondanks dat in eerste aanleg werd geoordeeld dat de activiteiten van de dienstverlener voldoende waren afgebakend en zich voor het deel waar bezoekers konden reageren kon beroepen op het beperkte aansprakelijkheidsregime, achtten de hogere instanties de dienstverlener voor het gehele platform aansprakelijk⁵¹.

De redenering van de Estse hoogste rechtsinstantie is echter niet in lijn met Europese rechtspraak, in het bijzonder de arresten inzake Google AdWords⁵² en L'Oréal/eBay⁵³. Zo acht de Estse rechter van belang dat Delfi, het nieuwsplatform in kwestie, economisch belang heeft bij het plaatsen van commentaren, daaraan regels stelt en deze regels ook daadwerkelijk handhaaft. Delfi had de publicatie van onrechtmatige commentaren dienen te voorkomen dan wel eigenhandig te verwijderen en wordt bij het nalaten daarvan aansprakelijk gehouden. Dat een automatische filter en effectieve Notice-and-Take-Down-procedure ("**NTD-procedure**") beschikbaar is, waar na melding de commentaren direct worden verwijderd, en er ook nog eens wordt gemonitord op onrechtmatige commentaren doet daar niet aan af.

Het oordeel neigt naar het opleggen van een algemene monitorplicht, die door de art. 15 Richtlijn expliciet wordt verboden. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ("**EHRM**") heeft recent geoordeeld dat het aansprakelijk houden van een dienstverlener voor commentaren van gebruikers een toelaatbare beperking is op de vrijheid van meningsuiting⁵⁴. Daarbij onthield het EHRM zich wel van de beoordeling of Delfi

⁵⁰ Conclusie A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 149.

⁵¹ EHRM 10 oktober 2013, 64569/09 (*Delfi*), r.o. 17-29.

⁵² HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*).

⁵³ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*).

⁵⁴ EHRM 10 oktober 2013, 64569/09 (*Delfi*), r.o. 94.

daadwerkelijk aansprakelijk kon worden gesteld, nu dit aan de nationale rechter dient te worden overgelaten.

Ten overvloede overweegt het EHRM onder andere dat het filtersysteem eenvoudig te omzeilen is, omdat niet alle vulgaire woorden of alternatieven daarvoor geblokkeerd zijn. Van der Sloot merkt in zijn annotatie bij dit arrest terecht op dat een uitbreiding van dit filtersysteem leidt tot een ontoelaatbare beknotting van de vrijheid van meningsuiting, nu met een dergelijke brede filter gebruikers worden beperkt in hun reacties⁵⁵. Of woorden in een positieve of negatieve context dienen te worden geplaatst kan een filter namelijk niet herkennen, en berichten die geen onrechtmatige uitlatingen bevatten zullen dan ook worden geblokkeerd.

Ook het anoniem reageren door gebruikers acht het EHRM een omstandigheid die maakt dat Delfi aansprakelijk dient te worden gehouden. Niet alleen bedreigt dit oordeel wederom de vrijheid van meningsuiting – gebruikers zullen immers minder snel geneigd zijn hun mening te ventileren –, tevens gaat het EHRM voorbij aan de mogelijkheid om NAW-gegevens op te vragen⁵⁶. De zaak is verwezen naar de Grote Kamer⁵⁷ en de uitspraak wordt in spanning afgewacht.

3.4 Wat een host moet doen

De host behoort geen kennis te hebben van onrechtmatige informatie op zijn platform⁵⁸. Zodra hij deze kennis wel heeft of behoort te hebben, dient hij prompt te handelen door de informatie te verwijderen dan wel de toegang daartoe onmogelijk te maken. De host kan door eigen observatie of door een melding op de hoogte raken van een onwettige activiteit of informatie⁵⁹.

⁵⁵ Van der Sloot 2014, r.o. 5.

⁵⁶ Zie hierover par. 3.4.3.

⁵⁷ Op 17 februari 2014.

⁵⁸ Art. 14 lid 1 Richtlijn.

⁵⁹ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 122.

3.4.1 Eigen observatie

3.4.1.1 Onderzoeksplicht

De activiteiten van een host dienen, op grond van de huidige rechtspraak, een "*louter technisch, automatisch en passief karakter*" te hebben, wat inhoudt in dat de host noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen. Het is zowel voor de host als gebruiker echter onwenselijk dat vanwege dit criterium ook onrechtmatige informatie – zoals van discriminerende, agressieve of pornografische aard – op het platform kan worden geplaatst. In de rechtspraak zijn daarom omstandigheden geïdentificeerd waarin de host een onderzoeksplicht heeft en tot een (preventieve) controle kan worden verplicht.

Ondanks dat een algemene monitorplicht expliciet door de Richtlijn is verboden⁶⁰, wordt op grond van de rechtspraak van een host als behoedzame marktdeelnemer verwacht dat hij kennis heeft van feiten of omstandigheden waarvan hij de onrechtmatigheid had moeten vaststellen⁶¹. Hij dient deze onrechtmatige informatie op eigen initiatief te verwijderen. Wanneer de host dit nalaat, kan het beroep op de aansprakelijkheidsexceptie vervallen. In bijzondere gevallen kan dus een onderzoeksplicht kan bestaan⁶², waarbij de host het beginsel van vrijheid van meningsuiting in acht dient te nemen⁶³.

Het voordeel is dat de host niet hoeft af te wachten totdat een melding door een derde is gedaan. Er kleven echter ook nadelen aan deze plicht. Het criterium wanneer van een host wordt verwacht dat hij de onrechtmatigheid had moeten vaststellen is vaag. Dit kan een probleem opleveren wanneer van een host uitingen niet als onrechtmatig worden herkend, omdat hij geen kennis heeft van regels op een bepaald gebied. De gemiddelde host is bijvoorbeeld niet bekend met wet- en regelgeving met betrekking tot voedings-, gezondheids- en medische claims, terwijl dergelijke claims van gebruikers op het platform wel voor zijn rekening kunnen komen⁶⁴.

Bovendien kan de host jegens de gebruiker aansprakelijk zijn indien ten onrechte materiaal wordt verwijderd. In tegenstelling tot het Amerikaans recht kent het Nederlands recht geen bepaling, zoals bijvoorbeeld de Communications Decency Act ("**CDA**"), waarin

⁶⁰ Art. 15 lid 1 Richtlijn.

⁶¹ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 120-122.

⁶² Kamerstukken II, 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 49.

⁶³ Overweging 46 Richtlijn.

⁶⁴ Zie daarover uitgebreid par. 4.2 en volgende.

is vastgelegd dat hosting providers niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het te goeder trouw verwijderen van obscene, gewelddadig of anderszins aanstootgevend materiaal⁶⁵. Invoering van een dergelijke bepaling zou de rechtszekerheid van hosting providers vergroten.

Het is raadzaam dat een host interne richtlijnen opstelt voor het monitoren van informatie, waarin duidelijk is aangegeven wat de grens is tussen acceptabele en onacceptabele informatie.

3.4.1.2 Maatregelen ter voorkoming van toekomstige inbreuken

Naast de onderzoeksplicht die in bijzondere gevallen kan bestaan, hebben rechters de mogelijkheid een host te bevelen maatregelen te nemen tegen toekomstige inbreuken⁶⁶.

De op te leggen maatregelen mogen "*doeltreffend en afschrikwekkend*" zijn⁶⁷, maar niet neerkomen op een algemene monitorplicht⁶⁸. Hosting providers mogen dus niet worden verplicht alle gegevens van de gebruikers actief te surveilleren⁶⁹ of een filtersysteem toe te passen op alle elektronische communicatie⁷⁰ of alle opgeslagen informatie⁷¹ van gebruikers. Bovendien is zo'n monitorplicht in strijd met de eis dat de opgelegde maatregelen billijk, evenredig en niet overdreven kostbaar mogen zijn⁷².

A-G Jääskinen benadrukt in zijn conclusie bovendien dat de opgelegde maatregel voldoende concreet dient te zijn. De host moet zeker weten wat van hem wordt verwacht, wat een algemene toezichtverplichting uitsluit⁷³.

Ten slotte mogen opgelegde maatregelen geen belemmering vormen voor het legitieme handelsverkeer. Een algemeen en permanent verbod om op dat platform producten van een bepaald merk aan te bieden is hiermee uitgesloten⁷⁴. Het Hof heeft, onder verwijzing naar de conclusie van de A-G, geoordeeld dat een voortzetting of herhaling van dezelfde

⁶⁵ US Code Title 47 – Telecommunications, Chapter 5, Subchapter II, Part I, § 230, sub c (2).

⁶⁶ Art. 11 Richtlijn 2004/48/EG ("**Handhavingsrichtlijn**").

⁶⁷ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 141.

⁶⁸ Dit is immers verboden op grond van art. 15 Richtlijn.

⁶⁹ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 139.

⁷⁰ HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet/SABAM*).

⁷¹ HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10 (*SABAM/Netlog*).

⁷² Art. 3 lid 1 Handhavingsrichtlijn; HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 147.

⁷³ Conclusie A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 181.

⁷⁴ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 140.

inbreuk door dezelfde gebruiker wél mag worden verboden⁷⁵. De A-G noemt dit het dubbel-identiteitsvereiste⁷⁶.

In Duitsland is in eerste aanleg door het Landgericht Hamburg aan YouTube de plicht opgelegd naast het Content ID programma⁷⁷, dat muziek kan herkennen, ook een woordfilter te implementeren⁷⁸. De rechter acht dit noodzakelijk, nu het Content ID programma geen modificaties van een nummer kan herkennen. Zo wordt een live versie van een geregistreerd nummer bijvoorbeeld niet opgepikt door het systeem. Met de implementatie van een woordfilter kan nu ook de titel of beschrijving bij het nummer worden gescand. Het bevel wordt door de Duitse rechtbank niet in strijd met SABAM/Netlog geacht, nu de woordfilter een concrete filterplicht is. Zowel GEMA als YouTube hebben tegen deze uitspraak beroep ingesteld⁷⁹. Dit voorbeeld staat niet op zichzelf, aangezien in recente Duitse rechtspraak betreffende auteursrechtinbreuken een toename van preventieve, specifieke filterplichten waarneembaar is⁸⁰.

3.4.2 Notice-and-Take-Down

De host kan naast zijn eigen observatie ook op grond van een melding kennis verkrijgen van de onwettige activiteit of informatie. De wijze waarop melding kan of moet worden gemaakt is in de Richtlijn niet geregeld, maar wel dat hosting providers snelle en betrouwbare mechanismen dienen vast te stellen en toe te passen om onrechtmatige informatie te verwijderen en ontoegankelijk te maken⁸¹. De wijze waarop melding kan worden gemaakt van onrechtmatige informatie is niet gereguleerd en kan per platform verschillen.

Een host dient derden dus in staat te stellen melding te kunnen maken van onrechtmatige informatie⁸². Aan die plicht wordt voldaan indien op het platform een effectieve NTD-

⁷⁵ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 141.

⁷⁶ Conclusie A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 182.

⁷⁷ Het Content ID-programma is een tool waarmee rechthebbenden hun materiaal op YouTube kunnen identificeren en beheren. Video's die naar YouTube worden geüpload, worden vergeleken met een database van documenten die rechthebbenden hebben aangeleverd. Wanneer het systeem een overeenkomst vaststelt krijgt de rechthebbende een melding.

⁷⁸ Landgericht Hamburg 20 april 2012, 310 0 0461/10 (*GEMA/YouTube*).

⁷⁹ <https://www.gema.de/en/press/popular-subjects/youtube.html>

⁸⁰ Bundesgerichtshof 12 juli 2012, I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (*Alone in the Dark*); Bundesgerichtshof 15 augustus 2012, I ZR 80/12 (*Rapidshare*).

⁸¹ Overweging 40 Richtlijn.

⁸² Overweging 46 Richtlijn en art. 14 lid 1 sub b Richtlijn.

procedure is ingevoerd⁸³. Met effectief wordt bedoeld dat derden op eenvoudige wijze melding kunnen maken en dat de host deze meldingen ook daadwerkelijk in behandeling neemt en afhandelt. Duimregel is dat binnen 24 uur op een melding reageren adequaat genoeg is⁸⁴. Ondanks dat meldingen die onvoldoende nauwkeurig of onderbouwd zijn in principe niet leiden tot ontheffing van de vrijstelling, dient de host er wel acht op te slaan⁸⁵. De rechter kan immers bij de vaststelling of hij als behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid van de informatie had moeten vaststellen rekening houden met de aard van de melding⁸⁶. Deze overweging van het Hof komt de rechtszekerheid niet ten goede, nu onduidelijk is wanneer een melding in behandeling dient te worden genomen. Het Hof had beter vast kunnen stellen waar een melding aan dient te voldoen. De rechtbank in Rome heeft drie maanden na het arrest inzake L'Oréal/eBay geoordeeld dat enkel een specifieke melding een host de verplichting op kan leggen de informatie te blokkeren of te verwijderen⁸⁷. Dit vereiste is een waardevolle toevoeging, nu hosting providers van wereldwijde platformen, zoals Google, maandelijks miljoenen meldingen ontvangen⁸⁸.

Het voordeel van de NTD-procedure is dat derden in staat worden gesteld melding te maken van onrechtmatig materiaal. Nadeel is echter dat de host zelfstandig een afweging moet maken van de betrokken belangen, te weten het belang van de derde om zijn recht te beschermen en schade te beperken en het belang van de gebruiker op het plaatsen van rechtmatig materiaal en zijn vrijheid van meningsuiting. Hij neemt echter geen objectieve positie in bij de afweging van die belangen. Wanneer een host nalaat onrechtmatige informatie te verwijderen of ontoegankelijk te maken terwijl hij daarvan daadwerkelijk kennis heeft of behoort te hebben, vervalt de aanspraak op de exceptie. Om zijn eigen positie te beschermen zal de host dus al snel overgaan tot het verwijderen van de informatie, ondanks dat dit aansprakelijkheid tegenover de gebruiker op kan leveren. Het klakkeloos opvolgen van meldingen en verwijderen van materiaal heeft een beperking op de vrijheid van meningsuiting tot gevolg en kan zelfs leiden tot censuur. Er wordt immers meer verwijderd dan nodig en gebruikers zijn niet in staat zich te uiten.

⁸³ Rechtbank Zwolle 3 mei 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AW6288 (*Stokke/Marktplaats*), r.o. 4.29-4.30.

⁸⁴ Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (*Stokke/Marktplaats*), r.o. 8.11.

⁸⁵ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 122.

⁸⁶ Gielen 2011, ov. 11.

⁸⁷ Tribunale di Roma 26 oktober 2011, 34949/11 (*RTI/Worldstream*).

⁸⁸ In september 2013 ontving Google 21,5 miljoen meldingen. Zie <http://www.trouw.nl/tr/nl/4324/Nieuws/article/detail/3523319/2013/10/08/Google-kreeg-in-september-21-5-miljoen-verzoeken-om-URL-te-verwijderen.dhtml>

Zolang derden niet gehouden zijn op straffe van aansprakelijkheid voor eventuele schade vooraf te verklaren dat de melding op de waarheid berust, zal hiervan misbruik worden gemaakt door melding te maken van materiaal waarop zij geen rechten hebben⁸⁹.

3.4.2.1 Regulering van de NTD-procedure

Bij gebrek aan regulering op het gebied van NTD-procedures zijn hosting providers inmiddels het spoor bijster wat voor optreden van hen verwacht wordt indien er onrechtmatige informatie op hun platform staat. De Europese Commissie heeft dit probleem erkend en stelt vast dat er bij dienstverleners rechtsonzekerheid heerst⁹⁰. Zij acht gezien de sterke toename van voorschriften een invoering van een horizontaal Europees kader voor NTD-procedures noodzakelijk⁹¹. Ter voorbereiding hiervan heeft de Europese Commissie van juni t/m september 2012 een internetconsultatie gehouden betreffende NTD-procedures en het optreden tegen onrechtmatige informatie die door dienstverleners wordt gehost⁹². Doel van de consultatie was om een bijdrage te leveren aan de strijd tegen onrechtmatige informatie op internet en de transparantie, effectiviteit, proportionaliteit en naleving van NTD-procedures te waarborgen. De resultaten laten echter tot op heden⁹³ op zich wachten.

Ondanks dat de Richtlijn voorschrijft dat lidstaten dienen te stimuleren dat mechanismen worden ontwikkeld om informatie te verwijderen en ontoegankelijk te maken, heeft (ook) Nederland het nagelaten om de NTD-procedure te reguleren⁹⁴. Hoewel er tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn een motie is aangenomen tot het opstellen van een NTD-procedure⁹⁵ en ondanks dat daar door het Ministerie van Justitie in overleg met belanghebbende aan werd gewerkt⁹⁶, is er enkel een vrijwillige NTD-procedure tot stand gekomen. Door de overheid, het bedrijfsleven en belangenverenigingen⁹⁷ is in 2008 de gedragscode Notice-and-Take-Down⁹⁸ opgesteld.

⁸⁹ Lee 2011.

⁹⁰ Rapport Europese Commissie 2011, p. 13.

⁹¹ Rapport Europese Commissie 2011, p. 14.

⁹² http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/clean-and-open-internet_en.htm

⁹³ 10 maart 2014. [aanpassen naar laatste check]

⁹⁴ Overweging 40 Richtlijn.

⁹⁵ Kamerstukken II 2003-2004, 28 197, nr. 20.

⁹⁶ Kamerstukken II 2003-2004, 28 197, nr. 15, p. 4-5; Kamerstukken II 2004-2005, 29 754, nr. 5; Kamerstukken II 2004-2005, 28 197, nr. 22.

⁹⁷ Onder leiding van de Nationale Infrastructuur ter bestrijding van Cybercrime ("NICC").

⁹⁸ Beschikbaar via: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2008/10/09/gedragscode-notice-and-take-down.html>

De gedragscode is vrijwillig⁹⁹, biedt handvatten ter beoordeling van de rechtmatigheid van klachten en beschrijft de stappen die kunnen worden gevolgd bij de afhandeling daarvan. Er zijn wel centrale meldpunten voor kinderporno, discriminatie en overige illegale informatie, die voorzien in procedures om illegale informatie van het internet te verwijderen¹⁰⁰.

In Frankrijk heeft de wetgever wel een optionele NTD-procedure in de wet opgenomen¹⁰¹. Hierin zijn een aantal elementen beschreven die vermeend onrechtmatig materiaal kunnen vaststellen. De Conseil Constitutionnel¹⁰² - die wetgeving op rechtmatigheid beoordeelt – heeft echter bezwaar tegen deze procedure, aangezien zij meent dat een host bij gebrek aan een rechterlijk bevel niet aansprakelijk kan worden gesteld voor het niet verwijderen van vermeend onrechtmatig materiaal, tenzij dit – evenals in Nederland – onmiskenbaar onrechtmatig is. Inbreukmakend materiaal behoort daar echter niet onder te vallen, aangezien de onrechtmatigheid daarvan dient te worden vastgesteld door een rechter.

Dat regulering van de NTD-procedure geen waarborg biedt tegen uitbreiding door rechterlijke instanties wordt bevestigd in twee uitspraken van de Tribunal de Grande Instance Paris¹⁰³ en de Cour d'Appel Paris¹⁰⁴. In beide instanties wordt geoordeeld dat hosting providers de plicht hebben herhaaldelijke inbreuken, die al eerder waren gerapporteerd, van hun platform te weren. Niet van belang was of de inbreuk door dezelfde gebruiker werd gemaakt. Een dergelijke plicht impliceert een *Notice-and-Stay-Down Rule*. De Cour de Cassation maakt een einde aan deze rechtsdwaling en oordeelt dat een dergelijke plicht niets anders is dan een algemene monitorplicht die door de Richtlijn wordt verboden¹⁰⁵. Hosting providers zijn aldus niet verplicht toekomstige inbreuken te weren dan wel te monitoren en derden dienen als vanouds melding te maken van onrechtmatig materiaal. Indien een gebruiker herhaaldelijk dezelfde inbreuk maakt, kan op grond van een rechterlijk bevel van een host worden vereist dat hem de toegang tot het platform wordt ontzegd¹⁰⁶.

⁹⁹ O.a. KPN, SIDN en WeTransfer onderschrijven de code.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 50.

¹⁰¹ Art. 6-1-5 Loi pour la confiance dans l'économie numérique ("**LCEN**").

¹⁰² Beschikbaar via: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/homepage.14.html>

¹⁰³ TGI Paris 19 oktober 2007, RG 06/11874 (*Zadig Productions/Google Video*).

¹⁰⁴ CA Paris 4 februari 2011, RG 09/21941 (*Google/Aufeminin.com*).

¹⁰⁵ CDC 12 juli 2012, ECLI:FR:CCASS:2012:C100831 (*Google/The Factory*).

¹⁰⁶ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 141.

3.4.2.2 NTD-procedure op basis van de DMCA

Voor het opstellen van een horizontaal kader voor NTD-procedures kan een voorbeeld worden genomen aan de Amerikaanse Digital Millennium Copyright Act¹⁰⁷ ("DMCA")¹⁰⁸. In de Verenigde Staten ligt, evenals in Europa, het zwaartepunt op het civielrechtelijke model en de zorgplichten die daarbij een rol spelen. De opstellers van de Richtlijn hebben de DMCA bovendien als uitgangspunt genomen¹⁰⁹. Verschil met de Richtlijn is dat de DMCA wel duidelijk is over de procedure die moet worden gevolgd en de aansprakelijkheid die daaruit voortvloeit¹¹⁰. Op basis van de DMCA zijn hosting providers verplicht in een NTD-procedure te voorzien om in aanmerking te komen voor de aansprakelijkheidsexceptie.

De procedure waarin de DMCA voorziet bestaat uit vijf stappen: (i) de derde/rechthebbende zendt een kennisgeving (notice) aan de host, (ii) de host verwijdt de informatie, (iii) de host waarschuwt de gebruiker, (iv) de gebruiker kan zich verdedigen (middels een counternotice) en (v) de derde moet een rechterlijke uitspraak verkrijgen, bij gebreke waarvan de host de informatie weer mag/moet herplaatsen.

De DMCA stelt eisen aan de melding. Zo dient de derde zijn NAW-gegevens en elektronische handtekening te verstrekken, voldoende informatie te verschaffen om het materiaal te identificeren, de aard van de inbreuk en locatie kenbaar te maken, te verklaren dat het de gebruiker niet juridisch is toegestaan om het materiaal te gebruiken en dat de melding – onder dreiging van een boete of meined – op waarheid berust¹¹¹. Indien niet aan deze eisen wordt voldaan, hoeft de host geen acht te slaan op de melding en heeft deze ook geen invloed op de vaststelling of de host kennis had of behoorde te hebben¹¹². Door eisen te stellen aan een melding wordt de huidige rechtsonzekerheid weggenomen of een melding voldoende nauwkeurig en onderbouwd is.

De host dient altijd actie te ondernemen na een melding die aan de eisen voldoet. Daarin schuilt niet het risico dat hij door de gebruiker wordt aangesproken, omdat ervan uit mag worden gegaan dat de derde de waarheid spreekt en de host niet aansprakelijk kan worden gesteld voor schade¹¹³. De host stelt de gebruiker zo spoedig mogelijk op de

¹⁰⁷ DMCA sectie 512.

¹⁰⁸ Schellekens, p. 236-237.

¹⁰⁹ Baistrocchi 2002, p. 2.

¹¹⁰ Van der Sloot 2011, p. 136.

¹¹¹ DMCA sectie 512, (c)(3)(A).

¹¹² DMCA sectie 512, (c)(3)(B).

¹¹³ DMCA sectie 512, (2)(f) en (g).

hoogte van de verwijdering van het materiaal. Indien de gebruiker ontkent inbreuk te maken op de rechten van de derde dan wel geen onrechtmatig materiaal te hebben geplaatst, stuurt de host de argumenten door aan de derde. Die heeft dan tien werkdagen de tijd om een rechtszaak te initiëren. Na het verstrijken van die termijn herstelt de host het materiaal¹¹⁴. Ook indien de gebruiker onterecht ontkent, waardoor ten onrechte het materiaal wordt hersteld, is de host niet aansprakelijk.

3.4.3 Zorgvuldigheidsplicht

Ondanks dat een hosting provider een beroep kan doen op de aansprakelijkheidsexceptie, geldt te allen tijde een zorgvuldigheidsplicht¹¹⁵. Zowel art. 6:196c lid 4 BW als art. 6:162 BW zijn namelijk onverkort van toepassing op hosting providers.

De zorgvuldigheidsplicht houdt in dat een host op grond van de zorgvuldigheid, die het maatschappelijk verkeer betaamt, gehouden kan zijn medewerking te verlenen en adequate maatregelen te treffen indien hij op de hoogte is van onrechtmatige informatie. Al voor invoering van de Richtlijn is geoordeeld dat indien er geen twijfel kan bestaan over de juistheid van de mededeling van de rechthebbende en de onrechtmatigheid van de informatie de host dient in te grijpen¹¹⁶. Een host hoeft niet te twijfelen indien de kennisgeving is gebaseerd op een rechterlijk oordeel of indien de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is¹¹⁷. In gevallen waar geen rechterlijk bevel is verkregen of de informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is, hoeft de host niet direct over te gaan tot verwijdering van de informatie.

Op grond van zijn zorgvuldigheidsplicht kan de host ook gehouden zijn op verzoek van de rechthebbende de NAW-gegevens van de gebruiker te verstrekken¹¹⁸. Nalaten medewerking te verlenen kan aansprakelijkheid opleveren. In Nederland is de afgifte van NAW-gegevens niet wettelijk geregeld, maar door het Hof van Justitie is het verstrekken daarvan op grond van de zorgvuldigheidsverplichting toegestaan¹¹⁹. Daarnaast biedt art. 14 lid 3 Richtlijn een grondslag voor het verstrekken van NAW-gegevens¹²⁰. De

¹¹⁴ DMCA sectie 512 (g)(2)(c).

¹¹⁵ Hoge Raad 15 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos/Pessers*); Rechtbank Zwolle 3 mei 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AW6288 (*Stokke/Marktplaats*).

¹¹⁶ Rb. Den Haag (pres.) 12 maart 1996, 96/160 (*Scientology*), r.o. 3.

¹¹⁷ Kamerstukken 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 49.

¹¹⁸ Rechtbank Den Haag 9 juni 1999, ECLI:NL:RBSGR:1999:AA1039 (*Scientology*).

¹¹⁹ HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06 (*Promuiscae/Telefonica*), r.o. 70.

¹²⁰ Hoge Raad 15 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos/Pessers*), r.o. 5.1.4.

zorgvuldigheidsplicht reikt echter niet zover dat de dienstverlener de juistheid van de NAW-gegevens dient te controleren¹²¹.

De lat voor onmiskenbare onrechtmatigheid ligt volgens het Hof Amsterdam en de Hoge Raad hoog en wordt niet zomaar gehaald¹²². Indien voor een buitenstaander zoals een hosting provider niet zonder meer duidelijk is of en in hoeverre een verzoek tot verwijdering steun vindt in de feiten en in hoeverre het verzoek gerechtvaardigd is, hoeft niet aan het verzoek te worden voldaan¹²³. Zo overweegt het Hof dat ernstige beschuldigingen die anoniem worden geuit niet zonder meer onmiskenbaar onrechtmatig zijn, nu diegene er een gerechtvaardigd belang bij kan hebben om vermeende misstanden aan de kaak te stellen zonder zichzelf kenbaar te maken.

De lat voor het verstrekken van NAW-gegevens ligt minder hoog. Het is voldoende indien aannemelijk is dat de informatie onrechtmatig zou kunnen zijn jegens een derde. Daarbij dient in overweging te worden genomen of de derde een reëel belang heeft bij verkrijging van de NAW-gegevens, of er minder vergaande maatregelen zijn om de gegevens te verstrekken en of het privacybelang van de gebruiker prevaleert boven de derde¹²⁴. De reden dat de lat minder hoog ligt bij het verstrekken van NAW-gegevens is omdat het maatschappelijk bezien ongewenst zou zijn indien de derde geen enkele mogelijkheid heeft om de gebruiker – eventueel in rechte – aan te spreken. Uitspraken tonen aan dat het belang van de derde die afgifte van de NAW-gegevens verzoekt veelal prevaleert boven het privacybelang van de gebruiker¹²⁵.

Zowel de plicht tot verwijderen van onmiskenbaar onrechtmatige informatie als het verstrekken van NAW-gegevens¹²⁶ bestaat dus zonder rechterlijk bevel¹²⁷.

¹²¹ Rechtbank Den Haag 24 oktober 2012, IEPT20121024 (*Brein/XS Networks*).

¹²² Hof Amsterdam 24 juni 2004, 1689/03 (*Lycos/Pessers*) en Hoge Raad 15 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos/Pessers*).

¹²³ A.P. de Wit, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de internet service provider (deel 1), *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009-2, p. 40.

¹²⁴ Hoge Raad 15 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos/Pessers*), r.o. 4.10.

¹²⁵ O.a. Rb. (vzr.) Amsterdam 24 augustus 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AY6903 (*Brein/UPC*); Rb. (vzr.) Den Haag 5 januari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ5678 (*Brein/KPN*); Rb. (vzr.) Amsterdam 21 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA7810 (*Brein/Leaseweb*); Rb. (vzr.) Den Bosch 8 juli 2008, IEPT20080708 (*Brein/Euroaccess*); Rb. Amsterdam 9 oktober 2008, CR 2009, 42 (*Google Gmail*), m.nt. Van den Hoven van Genderen.

¹²⁶ In tegenstelling tot in Groot-Britannië, waar de 'Norwich Pharmacal' doctrine geldt, die inhoudt dat NAW-gegevens alleen op gezag van een rechterlijk bevel mogen worden verstrekt. Voordeel hiervan is dat

3.4.3.1 Maatregelen ter voorkoming van inbreuken

De Richtlijn laat de mogelijkheid van de rechter van een host te verlangen maatregelen te treffen, die van hem in het kader van zijn zorgvuldigheidsplicht mogen worden verwacht, onverlet¹²⁸.

De vraag is in hoeverre een host op basis van zijn zorgvuldigheidsplicht gehouden is maatregelen te nemen om het ontstaan of voortbestaan van schade aan derden te voorkomen. De rechtbank heeft in *Stokke/Marktplaats*¹²⁹ een aantal factoren geïdentificeerd die hierbij van belang zijn¹³⁰. Zo is van belang in hoeverre de host zelf een rol speelt bij het onrechtmatig handelen, of hij hiervan voordeel heeft, of er voor de branche speciale regels gelden en of er een NTD-procedure is ingevoerd. Het moet echter wel redelijkerwijs mogelijk zijn om op te treden. Daarvan is pas sprake indien dat op proportionele wijze en tegen aanvaardbare kosten kan¹³¹.

Indien met eenvoudige maatregelen waaraan weinig tot geen nadelen verbonden zijn (grootschalige) inbreuken kunnen worden voorkomen, handelt de host eerder onrechtmatig wanneer hij deze maatregelen niet neemt¹³². Het invoeren van een automatische filter is een voorbeeld van een eenvoudige maatregel waaraan weinig kosten verboden zijn, maar die wel effectief is tegen grootschalige inbreuken.

De beschikbaarstelling van faciliteiten en diensten die kunnen leiden tot inbreukmakend en onrechtmatig handelen van derden leidt op zichzelf niet tot onrechtmatig handelen door de host. Daartoe zijn bijzondere omstandigheden vereist¹³³, zoals de kennis dat het platform structureel en systematisch wordt gebruikt voor onwettige activiteiten en daarvan (economisch) profiteren¹³⁴. In Duitsland wordt daar hetzelfde over gedacht. De aanbieder

dienstverleners niet zelf een afweging behoeven te maken en dus ook niet aansprakelijk kunnen zijn voor het ten onrechte verstrekken van gegevens.

¹²⁷ Van der Sloot 2011, p. 137.

¹²⁸ Overweging 48 Richtlijn.

¹²⁹ Rechtbank Zwolle 3 mei 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AW6288 (*Stokke/Marktplaats*).

¹³⁰ Deze factoren zijn te vergelijken met de Kelderluik-criteria, te weten (i) de aard en omvang van de gevreesde schade, (ii) de waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen, (iii) de aard van de gedraging en (iv) de bezwaarlijkheid in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.

¹³¹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 51.

¹³² De Wit 2009, p. 40.

¹³³ Rechtbank Haarlem 12 mei 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO9318 (*Brein/Techno Design*), r.o. 6.19.

¹³⁴ Hof Amsterdam 15 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX7579 (*Techno Design/Brein*), r.o. 4.8.

van een platform handelt niet verwijtbaar wanneer hij geen kennis heeft van de onwettige activiteiten. Op grond van de *Störerhaftung* geldt echter dat een host aansprakelijk kan worden gesteld wanneer hij direct de onwettige activiteiten faciliteert, omdat hij op grond van zijn zorgvuldigheidsplicht dergelijke activiteiten dient te voorkomen¹³⁵. Voor de vaststelling of de host aansprakelijk is, zijn drie elementen van belang: (i) het bewust faciliteren van de inbreuk, (ii) de juridische en feitelijke mogelijkheid om de inbreuk te voorkomen en (iii) de schending van de zorgvuldigheidsplicht om dergelijke inbreuken te voorkomen. De aansprakelijkheid op grond van *Störerhaftung* is beperkt tot voorlopige voorzieningen en een schadevergoeding kan niet worden gevorderd¹³⁶.

3.5 Wat een host moet nalaten

Van een host wordt verwacht dat hij een passieve rol inneemt bij het opslaan van informatie. Bij een te actieve bemoeienis loopt hij het risico de aanspraak op de exceptie te verliezen. In de rechtspraak zijn gedragingen beschreven die de host beter kan nalaten, die hieronder worden beschreven.

3.5.1 Actief modereren

Voor een host die zich actief bemoeit met de indeling, redactie en presentatie van het platform, gaat een beroep op de aansprakelijkheidsexceptie niet op. Actieve bemoeienis met informatie die al dan niet op het platform wordt geplaatst laat zich niet rijmen met het karakter van een host¹³⁷.

Gebruikers aansporen informatie te plaatsen kan een gedraging zijn die aansprakelijkheid van de host oplevert. Het initiatief tot het doorgeven van informatie ligt dan immers bij de host in plaats van de gebruiker. Indien grotendeels eigen informatie wordt doorgeven en onduidelijk is van wie welke informatie afkomstig is, is het verlichte aansprakelijkheidsregime niet van toepassing¹³⁸.

Om aansprakelijkheid te beperken kan de host gebruikers vooraf laten verklaren dat hij of zij rechthebbende op het materiaal is¹³⁹.

¹³⁵ Leistner 2014, p. 78.

¹³⁶ Bundesgerichtshof 19 april 2007, I ZR 35/04, GRUR 2007, 708, p. 709 (*Internetauktion II*).

¹³⁷ Rb. (vzr.) Amsterdam 12 maart 2009, IEPT20090312 (*Trendylaarzen/2dehands.nl*); Rb. Den Bosch 11 januari 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AU9504.

¹³⁸ Rb. (vzr.) Amsterdam 16 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG0972 (*Bruno Press/IMT*), r.o. 4.4.

¹³⁹ Rb. (vzr.) Amsterdam 16 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG0972 (*Bruno Press/IMT*), r.o. 4.6.

3.5.2 Onrechtmatigheid faciliteren

Ondanks dat een platform niet is gericht op het faciliteren van onrechtmatige handelingen, kan het daar wel voor worden gebruikt. Zo zal een host in eerste instantie niet aansprakelijk zijn wanneer wordt gelinkt naar onrechtmatig materiaal, maar dit kan anders zijn wanneer dat systematisch en structureel voorkomt¹⁴⁰. Indien uit dit onrechtmatig handelen profijt wordt getrokken is dit geen doorslaggevende, maar wel bezwarende factor. Het mag duidelijk zijn dat welbewust een faciliterende rol spelen bij het op grote schaal inbreuk maken op rechten van derden onrechtmatig is¹⁴¹.

¹⁴⁰ Hof Amsterdam 15 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX7579 (*Techno Design/Brein*), r.o. 4.11.

¹⁴¹ Hof Amsterdam 3 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD6223 (*Leaseweb/Brein*), r.o. 4.7.

4 User Generated Content

4.1 Categorieën UGC

Het bestaansrecht en succes van een platform kan afhankelijk zijn van de informatie die gebruikers daarop plaatsen. Afhankelijk van de mogelijkheden die door een host worden geboden kunnen gebruikers verschillende soorten informatie op het platform opslaan zoals teksten, afbeeldingen en video's. Informatie die gebruikers plaatsen wordt aangeduid als *user generated content* ("**UGC**"). UGC is een verzamelnaam voor de verschillende categorieën informatie, aangezien een onderscheid kan worden gemaakt tussen informatie die door de gebruiker zelf is gecreëerd, een combinatie van zelf gecreëerde en van een derde afkomstige informatie (bewerkte informatie) en louter van een derde afkomstige informatie.

In de literatuur wordt geen eenduidig onderscheid gemaakt in de verschillende categorieën informatie die door de gebruiker kan worden geplaatst. Het IViR-rapport uit 2008 maakt een onderscheid tussen *creation*, *modification* en *publishing*¹⁴². Dit onderscheid kan aldus worden aangeduid als *user created* content, *user modified* content en *user published* content. Er wordt echter niet altijd een driedeling gemaakt. Zo verdeelt Ginsburg UGC in *user-generated* content en *user-posted* content¹⁴³. Hiermee benoemt zij enkel informatie afkomstig van een derde als aparte categorie en schaaft gecreëerd materiaal en bewerkt materiaal onder één categorie.

In de hierna volgende paragrafen wordt geen expliciet onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten UGC, omdat dit voor de beoordeling van de risico's die UGC met zich mee kan brengen niet van belang is. Alle categorieën UGC kunnen immers, ondanks een geslaagd beroep op de aansprakelijkheidsexceptie, gevolgen hebben voor hosting providers.

4.2 Onacceptabele UGC

De verschillende categorieën UGC die in de vorige paragraaf zijn geïdentificeerd kunnen informatie bevatten waarvoor de host aansprakelijk kan worden gehouden. Een host dient als behoedzame marktdeelnemer de onwettigheid van deze informatie vast te stellen¹⁴⁴ en op eigen initiatief te verwijderen. Zoals opgemerkt in par. 3.4.1 hebben hosting providers

¹⁴² IDATE, TNO en IViR 2008, p. 23.

¹⁴³ Ginsburg 2010, p. 185.

¹⁴⁴ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 122.

vaak geen kennis van wet- en regelgeving, waardoor ze de onwettigheid van bepaalde informatie niet kunnen vaststellen. In het bijzonder is de wet- en regelgeving op het gebied van reclame-uitingen, voedings-, gezondheids- en medische claims van belang. Informatie afkomstig van gebruikers kunnen namelijk claims bevatten, die onder omstandigheden worden toegerekend aan de host.

Hieronder volgt een uiteenzetting van claims die gevolgen kunnen hebben voor een host. Daarvoor wordt eerst de reikwijdte van de definitie van reclame aangegeven, waaruit blijkt dat uitingen van gebruikers van het platform aan de host kunnen worden toegerekend. Daarna worden de mogelijke gevolgen van reclame-uitingen, voedings-, gezondheids- en medische claims geïdentificeerd.

4.2.1 Reclame-uitingen

De regels omtrent reclame zijn in Nederland zowel op civielrechtelijk niveau als door middel van zelfregulering vastgelegd. In het Burgerlijk Wetboek ("**BW**") zijn de regels omtrent reclame vervat in de artt. 6:193 a-j, 194 en 194a BW. Op het gebied van zelfregulering voorziet de Nederlandse Reclame Code ("**NRC**") in regels. Deze regels worden gehandhaafd door de Reclame Code Commissie ("**RCC**"). Zowel consumenten als bedrijven kunnen zich daar beklagen over overtreding van deze regels.

Een klacht indienen bij de RCC is laagdrempeliger dan een vordering instellen bij de civiele rechter. Zo kan middels een online formulier een klacht worden ingediend¹⁴⁵, in tegenstelling tot het opstellen en laten uitbrengen van een dagvaarding¹⁴⁶. De kosten van het indienen zijn aanzienlijk lager dan het initiëren van een civiele procedure. Klagen bij de RCC is voor consumenten, evenals bedrijven die jaarlijks meer dan EUR 1.000 aan financiële bijdrage aan de Stichting Reclame Code ("**SRC**") betalen, kosteloos. De consument wordt wel EUR 15 in rekening gebracht indien hij beroep instelt tegen het besluit van de voorzitter van de RCC de klacht niet in behandeling te nemen¹⁴⁷. De griffierechten voor natuurlijke personen bedragen vanaf 1 januari 2014 EUR 282 en voor rechtspersonen EUR 608¹⁴⁸. Het tijdsverloop tot aan de uitspraak duurt in beide procedures 8-10 weken. Uitspraken van de RCC zijn rechtens niet afdwingbaar¹⁴⁹, maar

¹⁴⁵ <https://www.reclamecode.nl/consument/default.asp?paginaID=73>

¹⁴⁶ Art. 78 en 111 Rechtsvordering ("**Rv**").

¹⁴⁷ <https://www.reclamecode.nl/kosten.html>

¹⁴⁸ <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Tarieven-griffierecht/Pages/Griffierecht-bij-de-rechtbank.aspx>

¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. (vzr.) Amsterdam 13 juni 2012, *NJF* 2012/394 (*Eiser/SRC*), rov. 4.7-4.9.

vanwege de maatschappelijke druk deze op te volgen en de imagoschade die uit niet-naleving kan voortvloeien, worden de uitspraken in bijna alle gevallen nageleefd¹⁵⁰. Bovendien kan een civiele rechter de uitspraak van de RCC wel meenemen in zijn overweging.

Gezien de laagdrempeligheid van de procedure bij de RCC en de besparing in kosten en moeite, wordt hierna enkel deze mogelijkheid tot klagen over UGC besproken.

Het begrip reclame is in art. 1 NRC breed gedefinieerd: *"Iedere openbare en/of systematische directe dan wel indirecte aanprijzing van goederen, diensten en/of denkbeelden door een adverteerder of geheel of deels ten behoeve van deze, al dan niet met behulp van derden. Onder reclame wordt mede verstaan het vragen van diensten."*

Dat de verantwoordelijkheid voor degene die goederen of diensten verhandelt ("**adverteerder**") in de praktijk breed wordt geïnterpreteerd, volgt uit het feit dat hij aansprakelijk kan worden gehouden voor uitingen van derden over zijn producten of diensten indien hij daarop invloed kan uitoefenen en zo niet, indien hij voor de uiting onvoldoende heeft getracht deze te laten voldoen aan de NRC. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de adverteerder in het kader van een promotionele actie derden oproept reclame te maken voor zijn product of dienst¹⁵¹. Ondanks dat de uiting afkomstig is van een derde kan de adverteerder daarvoor verantwoordelijk worden gehouden, nu hij welbewust het risico heeft genomen dat de uiting in strijd kan zijn met de NRC¹⁵². Hierbij is dus van belang of de adverteerder invloed kan uitoefenen op het medium waar de uiting is geplaatst. Indien de uiting is geplaatst binnen zijn eigen platform zal hij daarvoor aansprakelijk kunnen worden gehouden. Dit is echter anders, indien het op een ander platform, zoals een extern forum¹⁵³, is geplaatst. Wanneer derden middels een promotionele actie worden aangespoord reclame te maken voor de adverteerder, dient hij van tevoren te wijzen op de toepasselijke reclameregels en de uitingen te monitoren.

¹⁵⁰ 96% in 2012, 98% in 2011, 97% in 2010 en 98% in 2009. Zie

<https://www.reclamecode.nl/consument/default.asp?paginalD=39&hID=3>

¹⁵¹ RCC 3 november 2009, 2009/00613 (STAP/Grolsch).

¹⁵² Of andere bijzondere reclamecode, zoals in dit geval de Reclamecode voor alcoholhoudende dranken ("**RVA**").

¹⁵³ RCC 1 juli 2008, 2008/08013 (STAP/Grolsch). Voor de vaststelling van aansprakelijkheid was hierbij ook van belang dat op het forum zowel positieve als negatieve recensies waren geplaatst.

Indien een adverteerder derden oproept reclame te maken via social media¹⁵⁴ en die derden worden daarvoor beloond, dan zijn de regels uit de Reclamecode Social Media ("**RSM**") van toepassing. Deze bijzondere reclamecode is vanaf 1 januari 2014 van kracht, dus het is nog wachten op de eerste uitspraken van de RCC. De RSM borduurt voort op het (basis)principe dat reclame als zodanig herkenbaar dient te zijn¹⁵⁵ en vereist dat de relatie tussen de adverteerder en de derde kenbaar dient te worden gemaakt. Hiervoor geeft de RSM voorbeelden (zoals #ad of #spon in geval van reclame en sponsoring), maar de mogelijkheden zijn niet daartoe beperkt¹⁵⁶. De toelichting voorziet niet in voorbeelden voor promotionele acties. Om kenbaar te maken dat een uiting in dat kader is gedaan, kan de disclaimer "*Ik doe mee aan de winactie...*" of, wanneer er weinig ruimte is, zoals in een Tweet, de hashtag #winactie worden toegevoegd. In de RSM is ook een manipulatieverbod opgenomen, dat inhoudt dat de adverteerder uitingen niet zodanig mag bewerken dat een consument kan worden misleid¹⁵⁷. Dit verbod is niet relevant voor hosting providers, nu zij zich hoe dan ook moeten onthouden van het bewerken van geplaatste informatie, teneinde de neutrale houding niet te verliezen.

4.2.2 Voedings- en gezondheidsclaims

Regels omtrent voedings- en gezondheidsclaims zijn gereguleerd in Verordening 1924/2006 ("**Claimsverordening**")¹⁵⁸. De Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit ("**NVWA**") houdt toezicht op de naleving van deze regels en ook de RCC toetst of uitingen hieraan voldoen¹⁵⁹. Derden kunnen middels een online formulier zowel bij de NVWA¹⁶⁰ als bij de RCC een klacht indienen. De Claimsverordening is van toepassing op commerciële mededelingen wat betekent dat met de uiting een product wordt gepromoot. Commerciële mededelingen kunnen ook worden gedaan in social media¹⁶¹. Bij overtreding van de Claimsverordening zal de NVWA in eerste instantie een waarschuwing geven, maar kan bij herhaaldelijke overtreding ook een bestuurlijke boete opleggen¹⁶². De hoogte van de

¹⁵⁴ Een forum valt hier ook onder.

¹⁵⁵ Art. 11 NRC.

¹⁵⁶ Art. 3 RSM.

¹⁵⁷ Art. 4 RSM.

¹⁵⁸ Volledige titel: Verordening (EG) nr. 1924/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen.

¹⁵⁹ Zie bijv. CvB RCC 19 april 2012, 2011/01158-I (*Slankbrood*).

¹⁶⁰ <http://www.nvwa.nl/organisatie/contact/klantcontactcentrum>

¹⁶¹ <http://www.vwa.nl/onderwerpen/regels-voor-ondernemers-eten-en-drinken/dossier/claims-levensmiddelen/gezondheidsclaims-correct-gebruik/gezondheidsclaims-in-commerciële-mededelingen>

¹⁶² <http://www.vwa.nl/onderwerpen/regels-voor-ondernemers-eten-en-drinken/dossier/claims-levensmiddelen/hoe-de-nvwa-handhaaft-maatregelen>

boete varieert tussen de EUR 525 tot EUR 2.100 en is afhankelijk van de ernst van de overtreding¹⁶³.

Een gezondheidsclaim legt een verband tussen het gebruik van een levensmiddel en de gezondheid, zoals de beweringen "*maakt je slank*" en "*verlaagt de cholesterol*"¹⁶⁴. Deze claims kan een adverteerder op de verpakking van een product plaatsen of vermelden in een reclame-uiting, maar kunnen ook door gebruikers op een platform worden gemaakt. Iemand die na het eten van een bepaald product slanker is geworden, zal dat graag aan de wereld verkondigen. Echter, enkel claims die door de European Food Safety Authority ("**EFSA**") zijn goedgekeurd, mogen worden gevoerd. Deze goedgekeurde claims zijn te onderscheiden in drie categorieën, te weten functieclaims¹⁶⁵, ziekterisicobeperkingsclaims¹⁶⁶ en gezondheidsclaims¹⁶⁷.

De Keuringsraad Kennis en Advies Gezondheidsreclame¹⁶⁸ ("**Keuringsraad**") houdt in een databank bij welke voorbeeldbewoordingen al dan niet zijn toegestaan bij een nutriënt¹⁶⁹ en in het EU register voor claims zijn zowel alle toegelaten als geweigerde claims te vinden¹⁷⁰. Ook is een Indicatieve lijst met gezondheidsaanprijzingen beschikbaar die de grens aangeeft tussen een gezondheidsclaim en een medische claim.

Toegelaten gezondheidsclaims zijn enkel toegestaan wanneer aan aanvullende voorwaarden wordt voldaan, zoals de verwijzing naar het belang van gevarieerde, evenwichtige voeding en een gezonde levensstijl.

¹⁶³ <https://www.vwa.nl/onderwerpen/meest-bezocht-a-z/dossier/bestuurlijke-boete/de-hoogte-van-de-bestuurlijke-boete>

¹⁶⁴ Art. 2 lid 2 sub 5 Claimsverordening.

¹⁶⁵ Art. 13 Claimsverordening: claims over de rol van een nutriënt of andere stof bij de groei en ontwikkeling en de functies van het lichaam, psychologische functies en gedragsfuncties, en afslanken en gewichtscntrole.

¹⁶⁶ Art. 14 lid 1 sub a Claimsverordening: claims die stellen, de indruk wekken of impliceren dat de consumptie van een levensmiddelen categorie, levensmiddel of bestanddeel daarvan, een risicofactor voor het ontstaan van een ziekte bij de mens in belangrijke mate beperkt.

¹⁶⁷ Art. 14 lid 1 sub b Claimsverordening: claims die alleen betrekking hebben op groei en ontwikkeling van kinderen.

¹⁶⁸ Voorheen Keuringsraad KOAG/KAG.

¹⁶⁹ <http://keuringsraad.nl/Keuringsraad/media/KoagKag/Algemene%20documenten/geconverteerde-versie-van-Database-Voorbeeldbewoordingen-Gezondheidsc.xls>

¹⁷⁰ <http://ec.europa.eu/nuhclaims/>

Gezien de strikte beperking op het voeren van gezondheidsclaims en de aanvullende eisen die daaraan gesteld worden, dient een host te voorkomen dat dergelijke uitingen op het platform worden gedaan. Een host kan dit bereiken door zowel in de openbare huisregels als de interne richtlijnen op te nemen dat, eventueel geïllustreerd met voorbeelden, gezondheidsclaims niet zijn toegestaan.

Een voedingsclaim stelt, wekt de indruk of impliceert dat een levensmiddel bepaalde heilzame voedingseigenschappen heeft, zoals bijvoorbeeld "*weinig suiker*" of "*extra vitamine C*"¹⁷¹. Alleen voedingsclaims die aan de voorwaarden uit de Claimsverordening voldoen en zijn opgenomen in de bijlage¹⁷² mogen worden gebruikt¹⁷³.

Ondanks dat de bijlage helder is over de te voeren claims, is het niet raadzaam gebruikers aan te sporen dergelijke uitingen te doen dan wel het gebruik ervan toe te staan. Onjuist gebruik kan immers tot aansprakelijkheid van de host leiden.

Naast de vermelding dat het ontoelaatbaar is uitingen te doen die als gezondheidsclaim kunnen worden aangemerkt, dient ook in de huisregels en interne richtlijnen te worden opgenomen dat uitingen die zijn te kwalificeren als voedingsclaims uitdrukkelijk verboden zijn.

4.2.3 Medische claims

Regels omtrent medische claims zijn gereguleerd in de Geneesmiddelenwet¹⁷⁴, Warenwet¹⁷⁵ en Verordening 1169/2011 over de verstrekking van voedselinformatie aan consumenten¹⁷⁶. De Inspectie voor de Gezondheidszorg ("**IGZ**") houdt toezicht op naleving van deze wetgeving en ook de RCC toetst of uitingen hieraan voldoen¹⁷⁷. Zowel

¹⁷¹ Art. 2 lid 2 sub 4 Claimsverordening.

¹⁷² http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/claims/community_register/nutrition_claims_en.htm

¹⁷³ <http://www.vwa.nl/onderwerpen/regels-voor-ondernemers-eten-en-drinken/dossier/claims-levensmiddelen/voedingsclaims-correct-gebruik>

¹⁷⁴ Zie vooral art. 40 en 84 Geneesmiddelenwet.

¹⁷⁵ Art. 19 en 20 Warenwet.

¹⁷⁶ Volledige titel: Verordening (EU) nr. 1169/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de verstrekking van voedselinformatie aan consumenten, tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 1924/2006 en (EG) nr. 1925/2006 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 87/250/EEG van de Commissie, Richtlijn 90/496/EEG van de Raad, Richtlijn 1999/10/EG van de Commissie, Richtlijn 2000/13/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijnen 2002/67/EG en 2008/5/EG van de Commissie, en Verordening (EG) nr. 608/2004 van de Commissie.

¹⁷⁷ Zie bijv. RCC 2 december 2013, 2013/00695 (*Forever Aloë Drinks*).

de melding bij de IGZ van een vermeende overtreding van de regels¹⁷⁸ als het indienen van een klacht bij de RCC kan middels een online formulier. Het ten onrechte voeren van een medische claim is een overtreding van de Geneesmiddelenwet. De boetes die kunnen worden opgelegd zijn aanzienlijk hoger dan bij overtreding van de Warenwet en bedragen voor grote bedrijven EUR 150.000, middelgrote bedrijven EUR 50.000 en kleine bedrijven EUR 30.000¹⁷⁹. De IGZ geeft echter in beginsel eerst een waarschuwing af.

Medische claims zeggen een product geneeskrachtige werking toe en stellen of wekken de indruk dat het product ziektes kan voorkomen, behandelen dan wel genezen.

De Warenwet verbiedt uitdrukkelijk de aanprijzing van een product als geneesmiddel, tenzij daarvoor een handelsvergunning is verleend¹⁸⁰. Indien zonder een dergelijke vergunning medische claims worden gemaakt over een product, kan dat leiden tot de kwalificatie van het product als geneesmiddel en derhalve overtreding van de Geneesmiddelenwet. Dit is zelfs mogelijk indien de uiting wordt gedaan door een derde. Gevolg is dat zonder handelsvergunning geen reclame meer mag worden gemaakt voor het product.

De Reclame Code Commissie heeft uitingen van derden op een forum over een product aangemerkt als zijnde medische claims, waardoor het product in kwestie werd aangemerkt als geneesmiddel in de zin van art. 1 onder b Geneesmiddelenwet. Consequentie was dat de uitingen in strijd met art. 84 Geneesmiddelenwet werden geacht, waardoor geen reclame meer mocht worden gemaakt voor het product¹⁸¹. Deze uitspraak bevestigt dat hosting providers aansprakelijk kunnen worden gehouden voor uitingen van gebruikers en onderstreept het belang dat hosting providers zowel intern als extern duidelijke regels moeten stellen en handhaven.

In de algemene voorwaarden dient dus tevens te zijn opgenomen dat medische claims uitdrukkelijk verboden zijn. Dit kan worden geïllustreerd met voorbeelden, om aan gebruikers duidelijk te maken wat ongeoorloofd is.

¹⁷⁸ <http://igz.nl/onderwerpen/handhavinginstrumenten/incidententoezicht/melden/index.aspx>

¹⁷⁹ <http://igz.nl/onderwerpen/geneesmiddelen/reclametoezicht/>

¹⁸⁰ Artt. 19 en 20 Warenwet.

¹⁸¹ RCC 5 juni 2012, 2012/00322 (*Fitforme.nl*).

5 Conclusies & aanbevelingen

De huidige kwalificatieproblemen zijn enerzijds te wijten aan de veranderende rol van de hosting provider en anderzijds aan een onjuiste uitleg van de Richtlijn.

Vanwege de veranderende rol van de activiteiten van een host wordt in de rechtspraak en literatuur onderscheid gemaakt tussen passieve en actieve hosting providers. Actieve hosting providers waren ten tijde van het opstellen van de Richtlijn nog in opkomst en art. 14 Richtlijn zou enkel met het karakter van een passieve host in gedachten zijn opgesteld.

Het kwalificatieprobleem is mede te wijten aan een onjuiste uitleg van de Richtlijn door het Europese Hof van Justitie, nu die overweging 42 Richtlijn van toepassing acht op hosting providers. Hierin is vervat dat de activiteit van een host een *"louter technisch, automatisch en passief karakter"* dient te hebben.

Aanbeveling aan Hof van Justitie: pas overweging 46 Richtlijn toe op de hosting exceptie, aangezien die beter aansluit op de voorwaarden van art. 14 Richtlijn en de dienstverlening van hosting providers.

De rol van de host verandert niet van passief naar actief indien hij (i) gebruikers vooraf inlichtingen verstrekt over de dienst en voorwaarden stelt aan het gebruik daarvan, (ii) gebruikers bij overtreding van deze voorwaarden waarschuwt of de toegang tot het platform ontzegt, (iii) profijt trekt uit gebruik van het platform en (iv) betalingsvoorwaarden stelt.

De beoordeling van activiteiten van de host dient te zijn gericht op één type activiteit om vast te stellen of die activiteit onder een exceptie kan worden geschaard.

Aanbeveling aan host: onderscheidt activiteiten voldoende van elkaar door ze af te bakenen.

Een host kan door eigen observatie of door een melding op de hoogte raken van onrechtmatige informatie.

Op de host rust in bijzondere gevallen een onderzoeksplicht, aangezien hij op eigen initiatief informatie dient te verwijderen waarvan hij als behoedzame marktdeelnemer de onrechtmatigheid behoort vast te stellen.

Het criterium wanneer een host de onrechtmatigheid behoort vast te stellen is vaag. Dit is problematisch wanneer een host bij gebrek aan kennis van regels op een bepaald gebied uitingen niet als onrechtmatig herkent of juist informatie ten onrechte verwijderd. Dit laatste kan aansprakelijkheid jegens de gebruiker opleveren.

Aanbeveling aan nationale wetgever: voer een bepaling in – soortgelijk aan de bepaling uit de Amerikaanse CDA –, waarin is vastgelegd dat hosting providers niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het te goeder trouw verwijderen van obsceen, gewelddadig of anderszins aanstootgevend materiaal.

Op grond van een rechterlijk bevel kunnen hosting providers worden bevolen maatregelen te nemen tegen toekomstige inbreuken. Deze maatregelen dienen billijk, evenredig, concreet en niet overdreven kostbaar te zijn. De maatregelen mogen niet leiden tot een algemene monitorplicht of een belemmering vormen voor het legitieme handelsverkeer. Een voortzetting of herhaling van dezelfde inbreuk door dezelfde gebruiker mag wel worden verboden.

De Richtlijn schrijft voor dat hosting providers dienen te voorzien in een systeem om onrechtmatige informatie te verwijderen of ontoegankelijk te maken. Met een NTD-procedure voldoet een host aan die plicht.

Aanbeveling aan host: biedt een effectieve NTD-procedure aan en behandel meldingen binnen 24 uur. Sla ook acht op meldingen die onvoldoende nauwkeurig of onderbouwd zijn.

Ter waarborging van de aansprakelijkheidsexceptie verwijderen hosting providers meer dan nodig is. Dit is een bedreiging voor de vrijheid van meningsuiting en kan zelfs tot censuur leiden.

De procedure waar de Amerikaanse DMCA in voorziet vangt de tekortkomingen van de Richtlijn op, nu deze eisen stelt aan de melding en de derde vooraf, op straffe van een boete of meened, laat verklaren dat de melding op waarheid berust. Bovendien wordt de gebruiker in de gelegenheid gesteld zich te verweren tegen de melding. Indien de derde nalaat daarop een procedure aanhangig te maken, wordt de verwijderde informatie weer hersteld. De host is zowel voor schade die voortvloeit uit het verwijderen van informatie als het herstellen daarvan niet aansprakelijk.

Aanbeveling aan Europees Parlement: neem de DMCA als voorbeeld bij het opstellen van een horizontaal kader voor NTD-procedures.

Ondanks dat een hosting provider een beroep kan doen op de aansprakelijkheidsexceptie, geldt te allen tijde een zorgvuldigheidsplicht.

Dit houdt in dat een host onmiskenbaar onrechtmatige informatie op eigen initiatief dient te verwijderen en op verzoek van een rechthebbende NAW-gegevens van de gebruiker dient te verstrekken.

Op grond van een rechterlijk bevel mag van een host worden verlangd dat hij in het kader van zijn zorgvuldigheidsplicht maatregelen treft, waarbij van belang is (i) in hoeverre de host zelf een rol speelt bij het onrechtmatig handelen, (ii) of hij hiervan voordeel heeft, (iii) of er voor de branche speciale regels gelden en (iv) of er een NTD-procedure is ingevoerd. Er dient op proportionele wijze te kunnen worden opgetreden tegen aanvaardbare kosten, zoals het invoeren van een automatische filter.

Een host dient geen initiatief te nemen tot het doorgeven van informatie en vooraf geen invloed te hebben op informatie die door gebruikers op het platform wordt geplaatst. Tevens dient hij geen onrechtmatigheid te faciliteren doordat systematisch en structureel inbreuk wordt gemaakt op de rechten van derden.

Het onderscheid in verschillende categorieën UGC is niet van belang nu ze alle, ondanks een geslaagd beroep op de aansprakelijkheidsexceptie, gevolgen kunnen hebben voor hosting providers.

Uitingen van gebruikers kunnen aan de host worden toegerekend indien hij daarop invloed kan uitoefenen en zo niet, indien hij voor de uiting onvoldoende heeft getracht deze te laten voldoen aan de NRC. Daarbij is bepalend of de uiting op zijn platform is gedaan.

Aanbeveling aan host: wijs de gebruiker van tevoren op de toepasselijke reclameregels en monitor uitingen. Laat de gebruiker de relatie kenbaar maken door de disclaimer *"Ik doe mee aan de winactie..."* of de hashtag #winactie te hanteren.

Voedings-, gezondheids- en medische claims kunnen aan de host worden toegerekend, met als gevolg dat de kwalificatie van producten in gevaar komt.

Aanbeveling aan host: stel algemene voorwaarden op waarin is vastgelegd wat de gebruiker al dan niet is toegestaan en wat de consequenties zijn van schending van deze voorwaarden. Laat de gebruiker vooraf verklaren geen inbreuk te maken op rechten van derden. Geef uitdrukkelijk aan, eventueel geïllustreerd met voorbeelden, dat voedings-, gezondheids- en medische claims niet zijn toegestaan.

Aanbeveling aan host: stel interne richtlijnen op voor het monitoren van informatie, waarin duidelijk is aangegeven wat de grens is tussen acceptabele en onacceptabele informatie. Neem daarin eveneens op, eventueel geïllustreerd met voorbeelden, welke claims niet zijn toegestaan.

6 Bronnenlijst

6.1 Artikelen, blogs en boeken

Baistrocchi 2003

P. Baistrocchi, 'Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce', *19 Santa Clara Computer & High Tech L.J.* 111 (2003)

De Wit 2009

A.P. de Wit, 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de internet service provider (deel 1)', *TvI* 2009, 2

Engelfriet 2009

A.P. Engelfriet, 'Naar een passend beschermingsregime voor forumbeheerders en bloggers', *TvI* 2009, 3

Friedmann 2014

D. Friedmann, 'Sinking the safe harbour with the legal certainty of strict liability in sight', *JiPLP* 2014, no. 2

Gielen 2011

Ch. Gielen, annotatie bij: HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), *IER* 2011, 58

Ginsburg 2010

J.C. Ginsburg, 'User-Generated Content Sites and Selection 512 of the US Copyright Act', *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers*, Paper 9192, 2010

Heerma van Voss en Zwaan 2011

M.J. Heerma van Voss en V. Zwaan, 'L'Oréal/eBay-arrest, genoeg voer voor nieuwe merk-jurisprudentie een aansprakelijkheid voor ISPs een stap dichterbij?', *NtEr* 2011, 9

Lee 2011

T. Lee, 'Warner Bros: we issued takedowns for files we never saw, didn't own copyright to', *Ars Technica* 9 November 2011. Beschikbaar via: <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/11/warner-admits-it-issues-takedowns-for-files-it-hasnt-looked-at/>

Leistner 2014

M. Leistner, 'Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe', *JIPLP* 2014, 1

Lodder 2012

A.R. Lodder, annotatie bij: Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296, *CR* 2012, 155 (*Stokke/Marktplaats*)

Schellekens 2001

M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internetaanbieders* (diss. Tilburg), Den Haag 2001

Spreafico 2012

F. Spreafico, 'Hosting providers: passive vs. active', 31 januari 2012, beschikbaar via:

<http://kluwercopyrightblog.com/2012/01/31/passive-vs-active-hosting/>

Van der Sloot 2011

B. van der Sloot, 'De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP op de stoel van de rechter', *TvI* 2011, 5

Van der Sloot 2014

B. van der Sloot, annotatie bij: EHRM 10 oktober 2013, 64569/09, *IEF* 13555 (*Delfi*).

6.2 Parlementaire geschiedenis

Voorstel Richtlijn 1998

Commission proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM (1998) 586 final, 18 November 1998.

6.3 Rapporten

Rapport Sénat 2011

Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) par le groupe de travail sur l'évaluation de la loi no 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contrefaçon (2)*, no. 296, 9 février 2011.

Rapport Europese Commissie 2011

Europese Commissie, *Een coherent kader voor een groter vertrouwen in de digitale eengemaakte markt voor elektronische handel en onlinediensten*, COM (2011) 942 final, Brussel: 11 januari 2012.

Rapport Europese Commissie 2003

Europese Commissie, *First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)*, COM (2003) 702 final, Brussel: 21 november 2003.

Rapport IDATE, TNO en IViR 2008

IDATE, TNO en Instituut voor Informatierecht, *User-Created-Content: Supporting a participative Information Society*, 2008

Studie Verbiest, Spindler, Riccio en Van der Perre 2007

T. Verbiest, G. Spindler, G.M. Riccio en A. van der Perre, *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, 2007.

6.4 Rechtspraak

Nederland

Hoge Raad 15 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos/Pessers*)

Hof Amsterdam 24 juni 2004, 1689/03 (*Lycos/Pessers*)

Hof Amsterdam 15 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX7579 (*Techno Design/Brein*)

Hof Amsterdam 3 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD6223 (*Leaseweb/Brein*)

Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (*Stokke/Marktplaats*)

Rb. Den Haag (vzr.) 12 maart 1996, 96/160 (*Scientology*)

Rechtbank Den Haag 9 juni 1999, ECLI:NL:RBSGR:1999:AA1039 (*Scientology*)

Rechtbank Haarlem 12 mei 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AO9318 (*Brein/Techno Design*)

Rb. (vzr.) Amsterdam 24 augustus 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AY6903 (*Brein/UPC*)

Rechtbank Zwolle 3 mei 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AW6288 (*Stokke/Marktplaats*)

Rb. (vzr.) Den Haag 5 januari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:AZ5678 (*Brein/KPN*)

Rb. (vzr.) Amsterdam 21 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA7810 (*Brein/Leaseweb*)

Rb. (vzr.) Den Bosch 8 juli 2008, IEPT20080708 (*Brein/Euroaccess*)

Rb. Amsterdam 9 oktober 2008, CR 2009, 42 (*Google Gmail*), m.nt. Van den Hoven van Genderen

Rb. (vzr.) Amsterdam 16 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG0972 (*Bruno Press/IMT*)

Rechtbank Amsterdam 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1571 (*Stormfront*)

Rb. (vzr.) Amsterdam 13 juni 2012, NJF 2012/394 (*Eiser/SRC*)

CvB RCC 19 april 2012, 2011/01158-I (*Slankbrood*)

RCC 1 juli 2008, 2008/08013 (*STAP/Grolsch*)

RCC 3 november 2009, 2009/00613 (*STAP/Grolsch*)

RCC 5 juni 2012, 2012/00322 (*Fitforme.nl*)

RCC 2 december 2013, 2013/00695 (*Forever Aloë Drinks*)

Hof van Justitie

HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06 (*Promuiscae/Telefonica*)

HvJ EU 23 maart 2010, C-236/08-C-238/08 (*Google/LVMH*)

HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*)

HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet/SABAM*).

HvJ EU 16 februari 2012, C-360/10 (*SABAM/Netlog*).

Conclusie A-G Jääskinen 25 juni 2013, C-131/12 (*Google Spain/AEPD*)

Conclusie A-G Jääskinen 9 december 2010, C-324/09 (*L'Oréal/eBay*)

Duitsland

Bundesgerichtshof 19 april 2007, I ZR 35/04, GRUR 2007, 708, p. 709 (*Internetauktion II*)

Bundesgerichtshof 12 juli 2012, I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (*Alone in the Dark*)

Bundesgerichtshof 15 augustus 2012, I ZR 80/12 (*Rapidshare*)

Landgericht Hamburg 20 april 2012, 310 0 0461/10 (*GEMA/YouTube*)

Frankrijk

CDC 12 juli 2012, ECLI:FR:CCASS:2012:C100831 (*Google/The Factory*)

CA Paris 4 februari 2011, RG 09/21941 (*Google/Aufeminin.com*)

TGI Paris 19 oktober 2007, RG 06/11874 (*Zadig Productions/Google Video*)

Italië

Corte di Cassazione 17 december 2013, n. 5107/14 (*YouTube/Vivi Down*)

Tribunale di Milano 7 juni 2011, 27079/09 (*RTI/Italia On Line*)

Tribunale di Roma 26 oktober 2011, 34949/11 (*RTI/Worldstream*)

6.5 Websites

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/homepage.14.html>

http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/claims/community_register/nutrition_claims_en.htm

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/clean-and-open-internet_en.htm

<http://ec.europa.eu/nuhclaims/>

<https://www.gema.de/en/press/popular->

[subjects/youtube.htmlhttp://igz.nl/onderwerpen/geneesmiddelen/reclametoezicht/](http://igz.nl/onderwerpen/geneesmiddelen/reclametoezicht/)

<http://igz.nl/onderwerpen/handhavingsinstrumenten/incidententoezicht/melden/index.aspx>

<http://keuringsraad.nl/Keuringsraad/media/KoagKag/Algemene%20documenten/geconverteerde-versie-van-Database-Voorbeeldbewoordingen-Gezondheidsc.xls>

<http://www.nvwa.nl/organisatie/contact/klantcontactcentrum>

<https://www.reclamecode.nl/consument/default.asp?paginaID=73>

<https://www.reclamecode.nl/consument/default.asp?paginaID=39&hID=3>

<https://www.reclamecode.nl/kosten.html>

<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Tarieven-griffierecht/Pages/Griffierecht-bij-de-rechtbank.aspx>

[http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2008/10/09/gedragscode-notice-and-take-down.html)

[publicaties/rapporten/2008/10/09/gedragscode-notice-and-take-down.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2008/10/09/gedragscode-notice-and-take-down.html)

<http://www.trouw.nl/tr/nl/4324/Nieuws/article/detail/3523319/2013/10/08/Google-kreeg-in-september-21-5-miljoen-verzoeken-om-URL-te-verwijderen.dhtml>

<https://www.vwa.nl/onderwerpen/meest-bezocht-a-z/dossier/bestuurlijke-boete/de-hoogte-van-de-bestuurlijke-boete>

<http://www.vwa.nl/onderwerpen/regels-voor-ondernemers-eten-en-drinken/dossier/claims-levensmiddelen/hoe-de-nvwa-handhaaft-maatregelen>

<http://www.vwa.nl/onderwerpen/regels-voor-ondernemers-eten-en-drinken/dossier/claims-levensmiddelen/gezondheidsclaims-correct-gebruik/gezondheidsclaims-in-commerciele-mededeling>

<http://www.vwa.nl/onderwerpen/regels-voor-ondernemers-eten-en-drinken/dossier/claims-levensmiddelen/voedingsclaims-correct-gebruik>

6.6 Wet- en regelgeving

Nederland

Kamerstukken II 2001-2002, 28197

Kamerstukken II 2004-2005, 29 754

Staatsblad 2004, 210

Europese Unie

Richtlijn 2000/31/EG ("Elektronische handel")

Richtlijn 2004/48/EG ("Handhavingrichtlijn")

Verordening (EU) nr. 1169/2011 ("Etiketteringsverordening")

Verordening (EG) nr. 1924/2006 ("Claimsverordening")

Verenigde Staten

Digital Millennium Copyright Act

U.S. Code: Title 47 – Telecommunications